تم التصويب
أ.د يوسف محمود عبد المقصود
د/ أحمد حامد سلامة
د/ عبد الثاني علي جاربي
الطالب/ شرف الدين علي قالاي

٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٢٦٢٠

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية
قسم الراسات العليا
فرع الفقه و أصوله

تحقيق و دراسة :

كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة
و القسمة و الغصب و الكفالة و المضاربة و المزارعة و الوقف

من :

٠٠٠٢٧٢

كتاب الأسرار

للقاضي أبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي (٤٣٠ هـ)

إعداد :
شرف الدين علي قالاي

إشراف :
فضيلة الدكتور : يوسف محمود عبد المقصود

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية
لنيل درجة الدكتوراة في الشريعة الإسلامية

١٤١٣ - ١٤١٤ هـ = ١٩٩٢ م

ت ٦٦

بســـــــــم الله الرحمن الرحيـــــــــــــم

الحمد لله ذى الجلال و الإحسان و الفضل و المنن العظام الذى هدانا للإسلام .

و الصلاة و السلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للعالمين و هداية للناس أجمعين و على آله و أصحابه الغر الميامين و من سار على نهجهم و اتبع هداهم إلى يوم الدين .

و بعد :

إن هذه الرسالة تتضمن دراسة و تحقيق جزء من كتاب الأسرار للقاضى أبى زيد عبيد الله ابن عمر الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ .

و قد ألف ـ رحمه الله – هذا الكتاب النفيس فى فقه الخلافيات فى الفروع ، و على وجه الخصوص فى المسائل الخلافية بين الإمام أبى حنيفة و الإمام الشافعى ، و المسائل الخلافية بينه و أصحابه أبى يوسف و محمد بن الحسن و زفر –رحمهم الله جميعاً–.

و قد اشتملت الرسالة على قسمين :

الأول : تضمن دراسة عن المؤلف و دراسة عن الكتاب و منهج تحقيقه .

و الثانى : تضمن تحقيق نص كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة و القسمة و الغصب و الكفالة و المضاربة و المزارعة و الوقف من كتاب الأسرار .

إن المؤلف غالباً يقدم القول الراجح لديه من بين الأقوال التى يذكرها و يناقشها ، ثم قول الخصم ، و يعقبه بأدلة مذهبه فى غاية الإنصاف و الدقة ، ثم ينتقل إلى أدلة القول الأرجح بالإتقان و بالتركيز على سر الخلاف و أصل المسألة مع الرد على مذهب الخصم بعبارة متقنة رصينة و نزيهة عن القساوة الجافة.

و فى الأغلب يظهر ترجيحه فى آخر المسألة و تقدير قول الخصم بأسلوب فى غاية الدقة و الأدب.و يقع ترجيحه على قول أبى حنيفة – رحمه الله – سواء أكان الخلاف بينه و الإمام الشافعى أم بينه و أصحابه ـ رحمهم الله ـ.

و قد تتميز عباراته فى الأخذ و الرد بالليونة و الإحساس باحترام أسلافه. كذلك تتميز طريقته فى الإستدلال بالقوة و الفهم الدقيق و الدراية و الثقة بالنفس. و يتضح ميله إلى الغوص فى المناقشات الأصولية و ربط المسائل بالقواعد الفقهية و إكثار الأمثلة و النظائر فى بيان المسائل. و الله أعلم .

و أسأل الله أن يرزقنا فقهاً فى الدين و حسن اليقين. و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

و الصلاة و السلام على سيد الأنبياء و المرسلين .

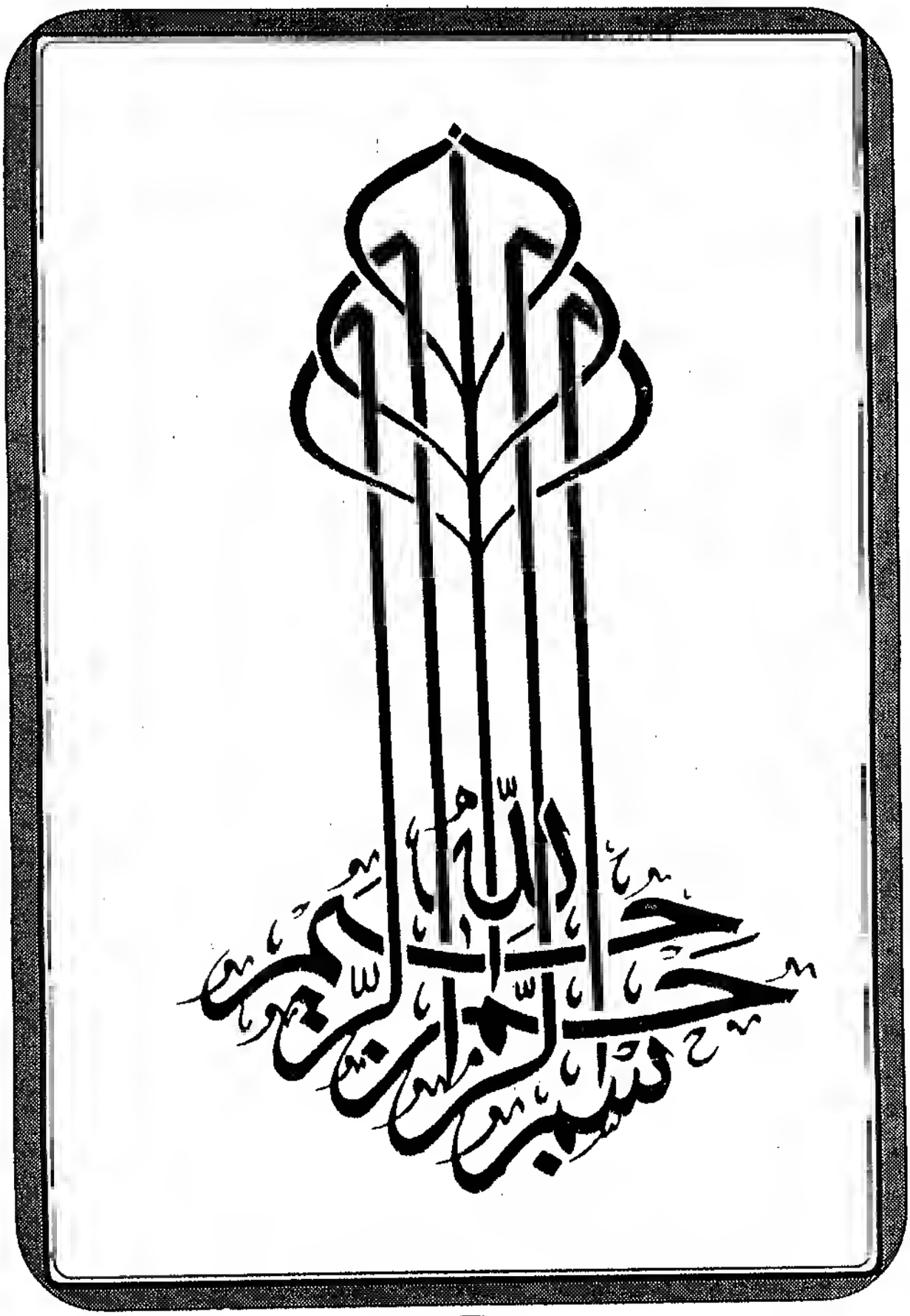
الطالب	المشرف	العميد
شرف الدين على قلاى	أ.د. [illegible]	عميد كلية الشريعة والدراسات الاسلامية
		د/ محمد بن ضامل السلمى

الجـــزء الأول

قسم الدراســـة

قســـم التحقيق

* كتــاب البيــوع


بسم الله الرحمن الرحيم

شـــكر و تقـــديـر

الحمد لله رب العالمين على نعمـه التى لا تحصـى و أشكره على مزيد فضـله ، و أصـلى و أسـلم على سـيد الأنبيـاء و المرسـلين و على آله و صحبه أجمعين .

ثم أقدم شـكرى و تقديرى

* إلى مسؤولـى جامعـة أم القـرى و إلـى راعـاة شـئونـها الذيـن فتحـوا لنـا صدورهم و مكنونا من تحصيل العلم بمهبط الوحى البلد الأمين فى ظل بيت الله العتيق قبلة المسلمين.

و أسأل الله أن يجزيـهم كل خير لقاء ما قدموا و أحسنوا ، إنه سميع مجيب .

و إلـى جميع من مد لـى يد الـعون من قريب و بـعيـد .

* و أخص بأخلص الشكر و التقـدير أسـتاذى فضـيلة الدكتـور يوسـف محمـود عبدالمقصـود الذى قدم لى الـعون بأحسـن وجـه و لم يـبخل على بنصـح و لا بتوجيـه و لا بوقت .

كما أخص بجزيل الشـكر و وافر التقدير أستاذى فضـيلة الدكتور محمود العكازى لما بذل فى الإشـراف على هذه الرسالة فى مرحلة من مراحلها من جهد و مـا أوصـى بـه من دقة فى كل عمل ...

وفق الله الجميع لما يحبه و يرضـاه و جعل العمل خالصاً لوجهه الكريم ...

•

مقـــدمة البحـــث

بســـم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى أحل البيع وحرم الربا، وجعل لنا الفرقان شرعة ومنهاجا وهدى ورحمة، وأمرنا بطاعته وطاعة رسوله وأولى الأمر منا، وإذا تنازعنا فى شىء أن نرده إلى الله والرسول، وباجتناب الطاغوت والتحاكم إليه بقوله : ﴿يآ أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم، فإن تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، ذلك خير وأحسن تأويلا، * ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به. ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيدا* وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدودا*﴾ (١) وبقوله : ﴿ ولقد بعثنا فى كل أمة رسولا أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت، فمنهم من هدى الله ومنهم من حقت عليه الضلالة. فسيروا فى الأرض فانظروا كيف كان عاقبة المكذبين*﴾(٢) ، و زجانا عن أكل أموالنا بيننا بالباطل بقوله الكريم : ﴿يآ أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم، ولا تقتلوا أنفسكم، إن الله كان بكم رحيما* ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا، وكان ذلك على الله يسيرا*﴾(٣)

والصلاة والسلام على رسول الله محمد الذى لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى، أصّل الشريعة وفصّل الأحكام وجعل من سنته سراج هداية للأنام...

---

١ ـ سورة النساء ـ ٥٩-٦١

٢ ـ سورة النحل ـ ٣٦

٣ ـ سورة النساء-٢٩ ـ ٣٠

فطوبى للذين تمسكوا بهديه وساروا على نهجه والتزموا حكمه... وويل للذين أعرضوا عن الذكر وويل مما يكسبون. ﴿ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى* قال رب لم حشرتنى أعمى وقد كنت بصيرا* قال كذلك أتتك ءاياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تنسى* وكذلك نجزى من أسرف ولم يؤمن بآيات ربه. ولعذاب الآخرة أشد وأبقى *﴾(١)

أما بعد :

فإن الله جل جلاله وعظم شأنه... هو خالق الخلق العالم بما ينفعهم وما يضرهم وبما يفسد أحوالهم ونظام حياتهم، وهو العالم بسرهم وعلانيتهم وما توسوس بهم نفوسهم. ﴿ ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير*﴾(٢)

وقد حدد الغاية والقصد من خلقه للإنس والجن فقال جل شأنه ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون*﴾(٣)

الخالق العليم الخبير الحكيم... الذى حدد لعباده الغاية والقصد لم يتركهم فى الحياة الدنيا هملا، بل رسم لهم بواسطة شرائعه المنزلة على رسله منهاج العبادة والحياة والسلوك والمعاملات المؤدى الى سعادة الدارين ﴿... ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون*﴾(٤) ، ﴿ إن الحكم إلا لله. أمر ألا تعبدوا إلا إياه...﴾(٥)

---

١ - سورة طه - ١٢٤ - ١٢٧

٢ - سورة الملك - ١٤

٣ - سورة الذاريات - ٥٦

٤ - سورة المائدة -٥٠

٥ - سورة يوسف - ٤٠

وأمرنا باتباع شريعته ونهانا عما سواها فقال : ﴿ اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم ولا تتبعوا من دونه أولياء، قليلا ما تذكرون*﴾(١) ، ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون*﴾(٢) ، ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك، فإن تولّوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم، وإن كثيرا من الناس لفاسقون* أفحكم الجاهلية يبغون، ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون*﴾(٣)

فما هناك شعبة من شعب الحياة ولا ناحية من نواحيها إلا وقد تناولتها الشريعة وأوضحت للناس فيها الخير من الشر والطاهر من الخبيث والصحيح من الفاسد وأرشدت إلى الطريق والوسائل التى يجب على الناس أن يسلكوها ويعمروا بها دنياهم وأخراهم فى كل زمان ومكان.

*

ومن أهم العلوم الموصلة إلى معرفة أحكام الله تعالى فى كتابه وسنة نبيه ﷺ علم الفقه، فقد اهتم به منذ القدم علماء أتقياء من أعلام الهدى وأئمة الصلاح والدين وسهروا على خدمة الطريق المبين والصراط المستقيم، وبذلوا جهدهم لإستنباط أحكامه وتحرير قواعده وجمع مسائله وبيان طرق الاستدلال لأحكامه وكشف أسراره وتوضيح مبهماته... وخلفوا لنا تراثا لم يشهد تاريخ البشرية له مثيلا وكنزا عظيما لم تسبق إليه أمة من الأمم، فما علينا إلا أن ننفض الغبار عن هذه المآثر ونكشف الستار عن جواهر هذا الكنز العظيم ليعم الناس نفعها وينتشر نورها.

---

١ ـ سورة الأعراف - ٣

٢ ـ سورة الجاثية - ١٨

٣ـ سورة المائدة - ٤٩-٥٠

ولاشك أن كتاب الأسرار للقاضى أبى زيد الدبوسى رحمه الله جوهر من جواهر هذا الكنز العظيم ودر من درره الثمين، ولذا أحببت أن أشارك الأخوة الذين بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنوره فى تحقيق هذا الكتاب الجليل ذى المكان العلمى الرفيع، والله الهادى الى سواء السبيل.

خطة البحث

وقد جعلت هذا البحث فى قسمين : قسم للدراسة، وقسم للتحقيق.

أما قسم الدراسة فقد جعلته فصلين :

الفصل الأول : فى التعريف بالمؤلف، وقد تضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : عصر المؤلف سياسيا واجتماعيا وعلميا

المبحث الثانى : اسمه ونسبه مولده ووفاته

المبحث الثالث : نشأته وشيوخه وتلامذته

المبحث الرابع : مكانته العلمية ومؤلفاته

الفصل الثانى : فى التعريف بالكتاب، وقد تضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : إسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف

المبحث الثانى : منهج المؤلف فى الكتاب

المبحث الثالث : مصادر المؤلف فى الكتاب والمصادر التى نقلت عن الكتاب.

المبحث الرابع : ملاحظات على الكتاب

المبحث الخامس : تعريف نسخ المخطوطة و وصفها
المبحث السادس : منهج التحقيق

❁

و أما القسم الثانى فهو فى تحقيق نص كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة والقسمة والغصب والكفالة والمضاربة و المزارعة والوقف من كتاب الأسرار .

و ينتهى البحث بالخاتمة و الفهارس .

و الله ولى التوفيق

و أسأل الله أن يسلك بنا سبيل الراشدين و أن يهدينا صراطه المستقيم و أن يمن علينا بالتفقه فى الدين و أن يرزقنا الإخلاص و حسن اليقين .

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

شرف الدين على قالاى
مكة المكرمة

– ●●● –

٢٦٢٠

جامعة أم القرى / مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية بمكة المكرمة
الإهداء والتبادل
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH

الفصـــــــــــل الأول

التـــعريف بالمؤلف

ويشـــتمل على ما يلى :

المبحث الأول : عصر المؤلف سياسيا وإجتماعيا وعلميا

والمبـــــحث الثانى : اسمه ونسبه ومولده ووفاته

والمبحث الثالث : نشأته وشيوخه وتلاميذه

والمبحث الرابع : مكانته العلمية ومؤلفاته

المبحث الأول

عصر المؤلف سياسيا وإجتماعيا

لقد عاش الإمام القاضى أبو زيد الدبوسى الثلث الأخير من القرن الرابع والثلث الأول من القرن الخامس الهجرى(١) ، فيعتبر هذا العصر عصر تمزق وتشقق وصراع على الحكم والسلطة وقلاقل سياسية، وذلك من نتائج ضعف الخلافة العباسية، فقد كان الخليفة العباسى فى وضع ليس له إلا سلطة اسمية على بغداد وما حولها.

وكان خلفاء بنى العباس رجالا أقوياء وساسة عظماء فى بداية عهدهم وكانوا يديرون شؤون الخلافة بالكفاءة والدراية، وكانت بغداد هى المركز الرئيسى الفعلى للدولة الاسلامية، وكذلك كانت مركزا للعلم والمعرفة والثقافة

وبلغت الخلافة العباسية أعلى الازدهار فى عهد هارون الرشيد وهو خامس خلفاء بنى العباس، (١٧٠-١٩٨هـ)

استمرت سيطرة الخلفاء على كل أنحاء الدولة الاسلامية مع اتساع رقعة الدولة وكونها مترامية الأطراف من حدود الصين إلى المحيط الأطلسى، بقى الخليفة مطاعا والدولة قوية إلى نهاية الثلث الأول من القرن الثالث.

وحينما توفى الخليفة المأمون بن هارون الرشيد سنة ٢١٨هـ بعد ما أوصى لأخيه أبى اسحاق محمد المعتصم بالله(٢) بايع الناس عامة المعتصم إلا بعض الجنود

---

١ ـ أى بين سنة ٣٦٧ وسنة ٤٣٠هـ وسوف يأتى التفصيل فى مولده ووفاته رحمه الله.

٢ ـ هو أول من أضيف اسم الله تعالى إلى لقبه من الخلفاء، وهو بانى مدينة سامرا سنة ٢٢٢هـ حين ضاقت بغداد بجنده.

وهو فاتح عمورية من بلاد الروم الشرقية التى كان يقدسها الروم وخبر فتحها مشهور. (الأعلام ١٢٧-١٢٨)

فإنهم بايعوا العباس بن المأمون، فاستدعى المعتصم العباس فأجابه وبايعه وخرج الجند ونصحهم بمبايعة المعتصم فبايعوه.

وذلك أول مرة تتدخل الجند فى أمر الخلافة(١)

وفى أثناء عودته من فتح عمورية بلغه أن العباس بن المأمون يكيد له وينوى قتله فأمر بسجنه فسجن ومات بعد ذلك بقليل.

وفى سنة ٢٢٧هـ توفى المعتصم - وعمره ثمان وأربعون سنة - وبويع بعده ابنه الواثق بالله هارون. ولما تولى الواثق حصلت فتنة بدمشق فأرسل إليها جيشا أعاد السكينة إليها، وكان له وزير تركى اسمه أشناس، أعطى إليه الواثق علامات الإمارة، وهى : تاج ووشاهين.

ومن ثم ابتدأ وفود قبائل الترك إلى بلاد العراق ودخولهم فى الوظائف العالية خصوصا الجندية، وهو الأمر الذى أدى إلى تدخلهم فى أمور الخلافة واستيلائهم على السلطة الفعلية.

ومما أدى إلى ضعف دولة العباسيين - أيضا - جعلهم بلاد خرسان وراثية تقريبا على عائلة طاهر بن عبدالله الخزاعى.(٢)

توفى الواثق فى سنة ٢٣٢هـ. واختلف فيمن يعين بعده : فقال فريق بمبايعة ابنه محمد. وقال آخر بعدم صلاحيته لصغر سنه. وأخيرا أتفق على مبايعة المتوكل جعفر بن المعتصم وأصبح هو عاشر خلفاء بنى العباس.

---

١ ـ مقدمة تاريخ الدولة العلية العثمانية ص ٤٦

٢ ـ المرجع السابق ص ٤٨

وشرع المتوكل فى نقل مركز حكومته إلى دمشق ونقل إليها دواوينه، ولم يقم بها إلا شهرين فى سنة ٢٤١هـ ثم عاد إلى سامرا وقتل سنة ٢٤٧هـ وقتله بعض مماليكه باتفاق مع ابنه المنتصر وبغا الصغير الشرابى وقتل معه وزيره الفتح بن خاقان.

ثم حصلت البيعة لابنه المنتصر لكن لم تطل مدته، بل توفى فى ٤ ربيع الأول سنة ٢٤٨ وعمره خمس وعشرون سنة ونصف ومدة خلافته ستة أشهر.

وبويع بعده أحمد المستعين بالله بن محمد المعتصم. ولم يرغب رجال الدولة خصوصا الأتراك مبايعة أحد أولاد المتوكل

وبذلك ازداد تدخلهم فى انتخاب الخلفاء وعزلهم، بل وقتلهم حتى صار الأمر بيدهم.

وزادت الفتن بين العرب والأتراك فى خلافة المستعين ، واستقر نفوذ عائلة طاهر بن عبدالله بخرسان، ولما توفى طاهر بن عبدالله سنة ٢٤٨ عين المستعين ولده محمد بن طاهر.

فكانت الأحوال فى غاية الاضطراب مدة حكم المستعين وكثر الفساد وسعى كل عامل فى الاستقلال بما ولى عليه. وضعفت الحكومة حتى صارت ألعوبة فى أيدى أصحاب الدسائس. وزادت الفتن - أيضا - بين أحزاب الأتراك.(١)

وقد استمرت الاضطرابات والفتن بأشكال متعددة وألوان مختلفة إلى أيام آخر الخلفاء العباسيين ببغداد أبى أحمد عبدالله المعتصم بالله بن المتصر بالله الذى قتله التتار سنة ٦٥٦هـ.

---

١ ـ مقدمة تاريخ الدولة العثمانية ص ٤٧-٤٨

وقد اتصف الخلفاء العباسيون فى هذه الفترة بالضعف وتقلص النفوذ والانهيار ووقعوا تحت سيطرة الوزراء والأمراء والسلاطين وزادت الفوضى يوما بعد يوم على حسب الأوضاع والتقلبات السياسية والاقتصادية فى مختلف مدن الدولة.

وكان الحاكم الفعلى لدار الخلافة فى بداية فترة الضعف العنصر التركى الذى سيطر على الجيش.

ثم انتقل إلى أمراء بنى بويه بعد دخول أحمد بن بويه بغداد سنة ٣٣٤هـ وخلع الخليفة المستكفى بالله(١) عليه الخلع وحصوله على لقب «معز الدولة» منه وجعله أمير الأمراء.(٢)

وهو أول من لقب به من آل بويه، ولقب أخاه على «عماد الدولة». وأخاه الحسن « ركن الدولة» وأمر أن تضرب ألقابهم وكناهم على الدراهم والدنانير.(٣)

إن الخليفة العباسى حتى نهاية عصر نفوذ الأتراك مع تقلص نفوذه كان يتمتع ببعض الامتيازات والحقوق التى ورثها منذ قيام الدولة العباسية سنة ١٣٢هـ، وكانت تلك الامتيازات رمزا لسيادة الخلفاء العباسيين السياسية والدينية، وتشمل حق الخليفة فى تعيين وزير يعاونه فى إدارة شئون الدولة وإقامة الخطبة له فى المساجد ونقش اسمه على السكة، وضرب الطبول أمام داره فى أوقات الصلوات الخمس

---

١ ـ هو عبدالله بن على المستكفى بالله بويع له سنة ٣٣٣هـ وقبض عليه وخلع وسملت عيناه وأودع السجن سنة ٣٣٤هـ ـ استمرت خلافته سنة وأربعة أشهر ويومين. وتوفى فى السجن فى سنة ٣٣٨هـ وله من العمر ست وأربعون سنة وشهران.

(البداية والنهاية ٢١٠/١١، ٢١٢، ٢٢٢)

٢ ـ البداية والنهاية ٢١٢/١١، والبويهيون والخلافة العباسية ص ١٧٦-١٧٧

٣ ـ الكامل ١٧٦/٨ والبداية والنهاية ٢١٢/١١ والبويهيون والخلافة العباسية ص ١٧٧

والاحتفاظ بضياعة السلطانية، وكما كان من حقه تعيين الأمراء والقضاء والعدول وأصحاب الحسبة ونقباء الأشراف وأمراء الحج وخطباء المساجد ومنح الألقاب.

ولما انتقلت السلطة إلى البويهيين تغير الحال عما كان عليه فى السابق، فاستولوا على جميع أملاك الخليفة وذخائره وخصصوا له راتبا يوميا قدره خمسة آلاف درهم لم يصله بانتظام ثم قطع معز الدولة هذا الراتب وحدد له اقطاعات يعيش منها.

كما جعلوا وظيفة أمير الأمراء وراثية فى الأسرة البويهية ظلت بأيدى أحفادهم حتى سنة ٤٤٧هـ(١)

وبدأت أعمال العنف والغدر من جانب البويهيين بالنسبة للخليفة بعد اثنى عشر يوما من دخوله بغداد - أى فى ٢٢ من جمادى الآخرة سنة ٣٣٤هـ. قال ابن كثير فى تاريخه : «لما كان اليوم الثانى والعشرين من جمادى الآخرة حضر معز الدولة إلى الحضرة فجلس على سرير بين يدى الخليفة وجاء رجلان من الديلم فمدا أيديهما إلى الخليفة فأنزلاه عن كرسيه وسحباه فتحربت عمامته فى حلقه ونهض معز الدولة واضطربت دار الخلافة حتى خلص إلى الحريم وتفاقم الحال، وسيق الخليفة ماشيا إلى دار معز الدولة فاعتقل بها وأحضر أبو القاسم الفضل بن المقتدر فبويع بالخلافة وسملت عينا المستكفى بالله وأودع السجن فلم يزل به مسجونا حتى كانت وفاته فى سنة ثمان وثلاثين وثلاثمائة.»(٢)

---

١ - الكامل ١٧٧/٨، ٦١٠/٩-٦١٢ والبداية والنهاية ٢١٢/١١، ٦٦/١٢ والبويهيون والخلافة العباسية ص ١٧٨

٢ - البداية والنهاية ٢١٢/١١

وفى سنة ٣٨١هـ أرسل بهاء الدولة أبو نصر بن عضد الدولة البويهى إلى الخليفة الطائع لله أبى بكر عبدالكريم بن الفضل المطيع لله وسأله الإذن فى الحضور فى خدمته ليجدد العهد به فأذن له الخليفة فى ذلك وجلس له كما جرت العادة، فدخل بهاء الدولة ومعه جمع كثير، فلما دخل قبل الأرض وأجلس على كرسى، فدخل بعض الديلم كأنه يريد أن يقبل يد الخليفة فجذبه فأنزله عن سريره، والخليفة يقول : ﴿إنّا للّه وإنّا إليه راجعون﴾ وهو يستغيث ولا يلتفت إليه، ولفوه فى كساء وحملوه إلى الخزانة بدار المملكة، فنهبت الخزائن والحواصل وأشياء من اثاث دار الخلافة حتى أخذت ثياب الأعيان والقضاة والشهود وجرت أحداث عظيمة جدا،

رجع بهاء الدولة إلى داره وكتب على الطائع كتابا بالخلع من الخلافة وأشهد عليه من الأشراف وغيرهم أنه قد خلع نفسه من الخلافة وسلمها إلى القادر بالله، ونودى بذلك فى الأسواق(١) ،

لاشك أن من الأسباب الرئيسية لسوء معاملة البويهيين لخلفاء بنى العباس تعصبهم للشيعة حتى وصل تفكيرهم فى أول الأمر إلى محاولة نقل الخلافة من البيت العباسى إلى البيت العلوى،

قال ابن كثير : «لما قدم معز الدين بغداد وقبض على المستكفى وسمل عينيه استدعى بأبى القاسم بن المقتدر بالله... وبويع له بالخلافة ولقب بالمطيع لله وبايعه الأمراء والأعيان ، وضعف أمر الخلافة جدا حتى لم يبق أمر ولا نهى ولا وزير أيضا ، وإنما يكون له كاتب على أقطاعه، وإنما الدولة ومورد المملكة ومصدرها

---

١ ـ الكامل ٩/٧٩-٨٠ والبداية والنهاية ١١/٣٠٨-٣٠٩

راجع إلى معز الدولة، وذلك لأن بنى بويه ومن معهم من الديلم كان فيهم تعسف شديد، وكانوا يرون أن بنى العباس قد غصبوا الأمر من العلويين، حتى عزم معز الدولة على تحويل الخلافة إلى العلويين، واستشار أصحابه فكلهم أشار عليه بذلك إلا رجلا واحدا من اصحابه كان سديد الرأى فيهم، فقال : لا أرى ذلك لك، قال : ولم ذلك؟ قال : لأن هذا خليفة ترى أنت واصحابك أنه غير صحيح الإمارة حتى لو أمرت بقتله قتله أصحابك، ولو وليت رجلا من العلويين اعتقدت أنت وأصحابك ولايته صحيحة، فلو أمرت بقتله لم تطع بذلك، ولو أمر بقتلك لقتلك أصحابك،

فلما فهم ذلك صرفه عن رأيه الأول وترك ما كان عزم عليه للدنيا لا لله عز وجل.»(١)

هكذا جرت سنة الله، ولو حدث إلغاء الخلافة العباسية السنية ربما تعرض العالم الاسلامى - وعلى وجه الخصوص الشرقى - لحروب أهلية دامية لا يعرف مداها إلا الله سبحانه وتعالى العليم الخبير لعدم رضى السامانيين والغزنويين والآخرين من السنيين الذين هم كانوا أغلبية فى العراق وفى إقليم الجبل وفى شيراز وما جاورها،

مع إساءة بنى بويه معاملة الخليفة العباسى وتفردهم بالحكم دونه واستبدادهم بالسلطة بعد تقلدهم منصب أمير الأمراء استقر أمر الخلفاء فلم يعودوا يعزلون بسرعة كما كان الحال قبلهم، وعلى سبيل المثال أن خلافة المطيع لله بن المقتدر استمرت ٢٩ سنة (من سنة ٣٣٤ إلى سنة ٣٦٣هـ)، وخلافة الطائع لله ابن المطيع لله ١٨ سنة (من سنة ٣٦٣ إلى سنة ٣٨١هـ) وخلافة القادر بالله بن الأمير إسحاق بن المقتدر ٤١

---

١ ـ البداية والنهاية ٢١٢/١١-٢١٣

سنة (من سنة ٣٨١هـ إلى ٤٢٢هـ)وخلافة القائم بأمر الله بن القادر ٤٥ سنة (من سنة ٤٢٢ إلى سنة ٤٦٧هـ)

والظاهر أن ذلك يعود إلى قوة أمراء البويهيين وتمسك بعضهم بعضا وجعلهم منصب امرة الأمراء وراثية فى الأسرة مما أوجد نوعا من الاستقرار ولم يترك فرصة كبيرة للتنافس بينهم.

*

إن سياسة بنى بويه المذهبية التى تنطوى على الإنحياز إلى الشيعة ساعدت على انتشار النفوذ الفاطمى فى بلاد العراق، فقد شجعت هذه السياسة دعاة الفاطميين على نشر دعوتهم بحجة الدفاع عن آل البيت فى الخلافة وقد لقيت هذه الدعوة فى بلاد العراق وفارس نجاحا كبيرا بفضل النشاط الذى بذله الدعاة فى النصف الأول من القرن الخامس الهجرى(١)

فأدت هذه النشاطات إلى رد فعل من قبل أئمة بغداد وعلمائهم بتشهير خلفاء الفاطميين والطعن والقدح فى نسبهم ومعتقداتهم وأخلاقهم بإصدار محاضر تتضمن ذلك فى سنة ٤٠٢هـ

قال ابن كثير أثناء ذكره حوادث سنة ثنتين وأربعمائة تحت عنوان «الطعن من أئمة بغداد وعلمائهم فى نسب الفاطميين»(٢) :

« وفى ربيع الآخر منها كتب هؤلاء ببغداد محاضر تتضمن الطعن والقدح فى نسب الفاطميين - وهم ملوك مصر - وليسوا كذلك، وإنما نسبهم إلى عبيد بن سعد الجرمى، وكتب فى ذلك جماعة من العلماء والقضاة والأشراف والعدول والصالحين

---

١ ـ البويهيون والخلافة العباسية ص ١٨١،١٨٢

٢ ـ البداية والنهاية ٣٤٥/١٢

والفقهاء والمحدثين، وشهدوا جميعا أن الحاكم بمصر هو منصور بن نزار الملقب بالحاكم - حكم الله عليه بالبوار والخزى والدمار - ابن معد بن إسماعيل بن عبدالله بن سعيد - لا أسعده الله - ، فإنه لما صار إلى بلاد المغرب تسمى بعبيد الله وتلقب بالمهدى، وأن من تقدم من سلفه أدعياء خوارج، لا نسب لهم فى ولد على بن أبى طالب ولا يتعلقون بسبب وأنه منزه عن باطلهم وأن الذى ادعوه إليه باطل وزور، وأنهم لا يعلمون أحدا من أهل بيوتات على بن أبى طالب، توقف عن إطلاق القول فى أنهم خوارج كذبة، وقد كان هذا الإنكار لباطلهم شائعا فى الحرمين.

وفى أول أمرهم بالمغرب منتشرا انتشارا يمنع أن يدلس أمرهم على أحد، أو يذهب وهم الى تصديقهم فيما ادعوه. وأن هذا الحاكم بمصر هو وسلفه كفار فساق فجار ملحدون زنادقة معطلون، وللإسلام جاحدون، ولمذهب المجوسية والثنوية(١) معتقدون، قد عطلوا الحدود أباحوا الفروج وأحلوا الخمر وسفكوا الدماء وسبوا الأنبياء ولعنوا السلف وادعوا الربوبية. وكتب فى سنة اثنتين وأربعمائه، وقد كتب خطه فى المحضر خلق كثير...»(٢) ثم ذكر المشهورين ممن كتب فيه من القضاة والفقهاء والعلويين والشهود(٣)

---

١ ـ الثنوية : هم أصحاب الاثنين الأزليين، يزعمون أن النور والظلمة أزليان قديمان بخلاف المجوس، فإنهم قالوا بحدوث الظلام وذكروا سبب حدوثه، وهؤلاء قالوا بتساويهما فى القدم واختلافهما فى الجوهر والطبع والفعل والخير والمكان والأجناس والأبدان والأرواح. (الملل والنحل ٢٤٤/١)

٢ ـ البداية والنهاية ٢٤٥/١١-٢٤٦

٣ ـ البداية والنهاية ٢٤٦/١١ راجع أيضا الكامل ٢٣٦/٩

كذلك أصدر المحضر الآخر فى سنة ٤٤٤هـ ببغداد فى ذلك وكتب فيه العلويون والعباسيون والفقهاء والقضاء والشهود، وعمل به عدة نسخ وسير فى البلاد وشيع بين الحاضر والبادى.(١)

وفى إمارة الملك رحيم بن أبى كاليجار البويهى (٤٤٠-٤٤٧هـ) وقعت عدة فتن فى بغداد بين السنية والشيعة أدت إلى حرق قبور بعض الخلفاء وأمراء بنى بويه وقتل فيها خلق كثير لعدم إمكان الحكومة قمع الفتن.

وفى هذه الأثناء عظم أمر طغرل بك السلجوقى(٢) فتولى على أصفهان فى محرم سنة ٤٤٣هـ ودخل تبريز سنة ٤٤٦هـ ثم قصد حلوان ونزل بها سنة ٤٤٧هـ فراسله قواد الأتراك واستدعوه إلى بغداد بازلين له الطاعة فقبل وقبل الخليفة وخطب لطغرل بك فى ٢٢ رمضان من هذه السنة ثم دخل بغداد بمن أتى معه من جيوشه بعد أقسم

---

١ ـ الكامل ٥٩١/٩ والبداية والنهاية ٦٣/١٢

٢ ـ نسبة إلى جده سلجوق بن تقاق. كان قائد جيش ملك الترك الغز الذى يقال له بيغو، ثم انتقل إلى دار الإسلام، فأسلم. كان رجلا شهما نجيبا ذا رأى ومكانة، خدم الإسلام والمسلمين وجاهد فى سبيل الله حتى توفى بجند عن عمر يصل إلى مائة سنة وسبع سنين. وكان لسلجوق ثلاثة من الأولاد : أرسلان وميكائيل وموسى. إن طغرل بك - اسمه محمد وكنيته أبو طالب - هو ابن ميكائل الذى غزا بلاد الكفار الأتراك فقاتل وباشر القتال فاستشهد فى أحدى غزواته،

وكانت بداية ملك السلاجقة سنة ٤٢٩هـ باستيلائهم على نيسابور وجلوس طغرل بك على سرير ملكها.

قال فى البداية والنهاية (٤٣/١٢) فى أحداث سنة تسع وعشرين وأربعمائة : «فيها كان بدو ملك السلاجقة وفيها استولى ركن الدولة أبو طالب طغرل بك محمد بن ميكائيل بن سلجوق على نيسابور وجلس على سرير ملكها وبعث أخاه داود إلى بلاد خرسان فملكها وانتزعها من نواب الملك مسعود بن محمد بن سبكتكين»

(راجع للمزيد من المعرفة فى الدولة السلجوقية وبداية قصة إسلامهم وسلطانهم إلى الكامل فى التاريخ ٤٥٧/٩-٤٥٩، ٤٧٣/٩ وما بعدها، والبداية والنهاية ٤٣/١٢، ٤٨/١٢

للخليفة القائم بأمر الله وللملك الرحيم باحترام حقوقهم، لكن لم يلبس جيوشه بالمدينة حتى حصلت الفتنة لسوء تفاهم بسيط بينهم وبين عامة الناس وجنود الملك رحيم، وكانت نتيجة هذه الفتنة القبض على الملك رحيم وقادة جيشه.

وبذلك انقضت دولة آل بويه بعد أن استمرت مدة ملكهم مائة وثلاثة عشر سنة من تاريخ دخول معز الدولة أحمد بن بويه بغداد سنة ٣٣٤هـ.

وابتدأت دولة آل سلجوق ببغداد.(١)

استمر ضعف الخليفة فى العصر السلجوقى من حيث الحكم والسلطة إلا أن علاقة السلاجقة كانت أحسن حالا من علاقة البويهيين بالعباسيين، والظاهر أن سبب هذه العلاقة الحسنة كان يرجع إلى كون السلاجقة سنيين - وهو مذهب الخليفة - وأسلوب سياستهم منذ دخولهم الإسلام وجهادهم فى سبيل الله وإلى معرفتهم بأنهم يستمدون من الخليفة شرعيتهم فى الحكم.

ومن جانب آخر زاد هذا الاحترام لارتباط البيتين العباسى والسلجوقى برابطة المصاهرة حيث زوج طغرل بك ابنة أخيه داود إلى الخليفة سنة ٤٤٨هـ وتزوج هو بنت الخليفة فى شعبان سنة ٤٥٤هـ(٢)

هذا ما جرى فى هذا العصر فى العراق وما حولها مع وجود خلافة عباسية(٣)

---

١ ـ الكامل فى التاريخ ٦٠٩/٩-٦١٢ والبداية والنهاية ٦٦/١٢ ومقدمة تاريخ الدولة العلية العثمانية ص ٦٣-٦٥

٢ ـ الكامل فى التاريخ ٦١٧/٩ والبداية والنهاية ٦٧/١٢-٦٨، ٨٦/١٢، ٨٨ ومقدمة الدولة العلية العثمانية ص ٦٣-٦٥.

٣ ـ انتهت الخلافة العباسية ببغداد بقتل عبدالله المعتصم بالله ان المستنصر بالله من قبل التتار سنة ٦٥٦هـ الذى دامت خلافته ١٦ سنة اعتبارا من سنة ٦٤٠هـ
واستمرت الخلافة العباسية ببغداد خمسمائة وأربع وعشرين سنة، أى ما يقارب خمسة قرون وربع قرن.

وأما فى المغرب ومصر فقد كان الحكم والسلطة للفاطميين حتى لقبوا أنفسهم بالخلفاء، وامتد حكمهم إلى ديار الشام والحجاز وحاولوا السيطرة على العراق كما سبق ذكره.

وأما فى الأندلس فقد كان الحكم للأمويين وكانوا يتخذون لأنفسهم - أيضا - لقب الخلفاء.

وبذلك كان فى العالم الإسلامى فى هذا العصر ثلاثة خلفاء :

خليفة عباسي فى العراق وما حولها

وخليفة فاطمي فى مصر وما حولها

وخليفة أموي فى الأندلس.

*

عاصر الإمام أبو زيد الدبوسى - رحمه الله - ثلاثة من الخلفاء العباسيين وهم :

عبدالكريم أبوبكر الطائع لله بن المطيع لله (كانت خلافته فى ٣٦٣-٣٨١هـ)

وأحمد أبو العباس القادر بالله بن الأمير إسحاق بن المقتدر بالله (٣٨١-٤٢٢هـ)

وعبدالله أبو جعفر القائم بأمر الله بن القادر بالله (٤٢٢-٤٦٧هـ)(١)

---

١ - راجع إلى حوادث التواريخ المذكورة فى كتاب الكامل فى التاريخ - الجزء الثامن والتاسع، والبداية والنهاية - الجزء الحادى عشر والثانى عشر، راجع أيضا جدول الخلفاء العباسيين ببغداد فى كتاب مقدمة تاريخ الدولة العلية العثمانية ص ٩٩-١٠٣

وعاصر من أمراء البويهيين سبعة وهم :

عضد الدولة أبو شجاع(١) بن ركن الدولة أبو على الحسين بن بويه الديلمى (٣٦٧-٣٧٢هـ)

وصمصام الدولة أبو كاليجار بن عضد الدولة (٣٧٢-٣٧٦هـ)

وشرف الدولة أبو الفوارس بن عضد الدولة (٣٧٦-٣٧٩هـ)

وبهاء الدولة أبو نصر بن عضد الدولة (٣٧٩-٤٠٣هـ)

وسلطان الدولة أبو شجاع بن بهاء الدولة (٤٠٣-٤١٢هـ)

ومشرف الدولة أبو على بن بهاء الدولة (٤١٢-٤١٦هـ)

وجلال الدولة أبو طاهر بن بهاء الدولة (٤١٦-٤٣٥هـ)(٢)

*

وفى هذه الفترة كانت مدينة بخارى وسمرقند وما جاورها من بلاد خرسان وما وراء النهر - وفيها قضى أبو زيد الدبوسى حياته - كانت تحت سلطة السامانيين وبقيت بأيديهم حتى انقرض ملكهم على يد يمين الدولة محمود بن سبكتكين الغزنوى فاتح بلاد الهند وايلك خان التركى سنة ٣٨٩هـ، واستمر ملك السامانيين نحو مائة وستين سنة(٣) ،

---

١ ـ هو أول من تسمى من البويهيين بشاهنشاه، ومعناه : ملك الملوك.
(البداية والنهاية ٢٩٩/١١)

٢ ـ راجع حوادث التواريخ المذكورة فى كتاب الكامل فى التاريخ الجزء الثامن والتاسع والبداية والنهاية - الجزء الحادى عشر والثانى عشر.

٣ ـ الكامل فى التاريخ ١٤٥/٩-١٤٦، ١٤٨، ١٨٨/٩ والبداية والنهاية ٣٢٣/١١-٣٢٤، ٣٢٥/١١
قال فى البداية والنهاية (٣٢٣/١١-٣٢٤) : «آخر ملوك السامانية نوح بن منصور بن نوح بن نصر بن أحمد بن إسماعيل أبو القاسم السامانى، ملك خرسان وغزنة وما وراء النهر ولى الملك وعمره ثلاث عشرة سنة واستمر فى الملك احدى وعشرين سنة وتسعة اشهر ثم قبض عليه خواصه وأجلسوا مكانه عبدالملك فقصدهم محمود بن سبكتكين فانتزع الملك من أيديهم. وقد كان لهم الملك مائة وستين سنة.»

قال ابن الأثير فى وصف الدولة السامانية : «وكانت دولتهم قد انتشرت وطبقت كثيرا من الأرض من حدود حلوان[1] إلى بلاد الترك بما وراء النهر، وكانت من أحسن الدول سيرة وعدلا...»(٢)

وفى ايام مسعود بن محمود بن سبكتكين الغزنوى انتقلت هذه المناطق إلى سيطرة السلجوقيين مع وجود بعض التقلبات والقلاقل السياسية.(٣)

إن هذه الدول كانت خاضعة للخليفة العباسى ولو كان هذا الخضوع ظاهريا أو مجرد خضوع تقديم الهدايا واظهار احترام.

وإن هناك عناصر وتيارات أخرى متناحرة للسيطرة والنفوذ - غير ما ذكرنا - فى أقطار العالم الإسلامي شرقا وغربا وشمالا وجنوبا بحيث أن الفتن والحروب وتغلب الولاة بعضهم على بعض واستقلالهم بولاياتهم وتأسيس الدول أو الدويلات صار أمرا عاديا، حتى أصبح كثير من التنقلات والتقلبات فى الولايات وتوارث العائلات حكم البلاد يجرى بدون علم الخليفة.

هذا من ناحية السياسية

وأما الناحية الإجتماعية فنذكر في هذا الصدد - في غاية الإختصار - الناحية الإقتصادية والصحية والناحية العليمة . ونشير الى وضع علم الفقه في هذا العصر .

*

فمن الناحية الاقتصادية فلم تكن أقل سوءا من الناحية السياسية حيث كانت ثروة الأمة غير موزعة توزيعًا عادلاً، فأموال وافرة فى أيدى الملوك والأمراء وأتباعهم وفقر شديد لباقى أفراد الأمة، فالغلاء الشديد والقحط الرهيب يصول ويجول فى أرجاء البلاد وتجد ذكره فى كل كتاب تاريخ ذكر أحداث تلك الفترة.

١ - حلوان : بلدة بقوهستان نيسابور. وهى آخر حدود خراسان مما يلى أصبهان (معجم البلدان ٢٩٤/٢)

٢ - الكامل فى التاريخ ١٤٩/٩

٣ - الكامل فى التاريخ ٤٧٥/٩، ٤٧٩، ٤٨١-٤٨٣، والبداية والنهاية ٤٣/١٢-٤٥

وكذلك الحالة الصحية فإنها متدهورة وأخبار انتشار الوباء كثيرة.(١)

*

وأما من الناحية العلمية فقد كانت البلاد عامرة جدا من هذه الناحية بالعلماء والفقهاء وبالمكتبات والمدارس والمجالس وبوفرة طلبة العلم بخلاف الأوضاع السياسية وبالرغم من ضعف مركز الخلافة الاسلامية وبالفوضى السائدة فى أرجاء البلاد والتمزق والتشقق السياسى واختلاف التيارات العلمية والمذهبية.

إن كثيرا من الأمراء والسلاطين مع تناحرهم فى السلطة كانوا محبى العلم وأهله وكانوا كرماء معهم.(٢)

وعلى سبيل المثال فى ذلك ما ذكر ابن الأثير فى تاريخه أثناء ذكر بعض سيرة يمين الدولة الذى توفى سنة ٤٢١هـ فقال : «كان يمين الدولة محمود بن سبكتكين عاقلا دينا خيرا عنده علم ومعرفة، وصنف له كثيرا من الكتب فى فنون العلم وقصده العلماء من أقطار البلاد وكان يكرمهم ويقبل عليهم ويعظمهم ويحسن إليهم...»(٣)

وقال فى سيرة طغان خان ملك تركستان الذى توفى سنة ٤٠٨هـ : «كان عادلا خيرا يحب العلم وأهله ويميل إلى أهل الدين ويصلهم ويقربهم».

وقال فى سيرة مسعود بن محمود : «كان السلطان مسعود شجاعا كريما ذا فضائل كثيرة، محبا للعلماء، كثير الإحسان إليهم، والتقرب لهم، صنفوا له

---

١ ـ الكامل فى التاريخ ٦٤/٩، ١٠١، ٢٦٣، ٣٢٩، ٣٥٦، ٣٧٥، ٣٩٢، ٤٣٩، ٦٣١، ٦٣٦، ٦٣٧، والبداية والنهاية ٢٠٨/١١، ٢١٢، ٣٠٢، ٣١١، ٣٢٢، ٣٣٥، ٢/١٢، ٢٧، ٢٨، ٣٤، ٣٦، ٥٩، ٦٨، والعبر للذهبى ١٥٨/٣، ١٥٩

٢ ـ راجع الكامل فى التاريخ ١٧٦/٩، ٢٩٧، ٤٠١، ٤١١ والبداية والنهاية ٣١٢/١١، ٦/١٢، ٢٨، ٢٩-٣٠

٣ ـ الكامل فى التاريخ ٤٠١/٩

٤ ـ الكامل فى التاريخ ٢٩٧/٩

التصانيف الكثيرة فى فنون العلوم، وكان كثير الصدقة والإحسان إلى أهل الحاجة، تصدق مرة فى شهر رمضان بألف ألف درهم وأكثر الإرادات والصلات وعمر كثيرا من المساجد فى ممالكه، وكانت صنائعه ظاهرة مشهورة، تسير بها الركبان مع عفة عن أموال رعاياه، وأجاز الشعراء بجوائز عظيمة، أعطى شاعرا على قصيدة ألف دينار، وأعطى آخر بكل بيت ألف درهم وكان يكتب خطا حسنا.»(١)

وقال ابن كثير فى ترجمة الحاجب الكبير شباشى أبى نصر الذى توفى سنة ٤٠٨هـ : «وكان كثير الصدقة والأوقاف على وجوه القربان، فمن ذلك أنه وقف دباها على المارستان وكانت تغل شيئا كثيرا من الزروع والثمار والخراج وبنى قنطرة الخندق والمارستان والناصرية وغير ذلك، ولما مات دفن فى مقبرة الإمام أحمد وأوصى أن لا يبنى عليه فخالفوه، فعقدوا قبة عليه فسقطت بعد موته بنحو سبعين سنة.»(٢)

وقال ابن الأثير فى حوادث سنة ٣٨٥هـ : «فى هذه السنة مات الصاحب أبو القاسم إسماعيل بن عباد وزير فخر الدولة بالرى وكان واحد زمانه علما وفضلا وتدبيرا وجودة وكرما عالما بأنواع العلوم عارفا بالكتابة وموادها ورسائله مشهورة مدونة وجمع من الكتب مالم يجمعه غيره، حتى إنه كان يحتاج فى نقلها إلى أربعمائة جمل.»(٣)

---

١ ـ الكامل فى التاريخ ٤٨٧/٩ راجع أيضا البداية والنهاية ٢٨/١٢

٢ ـ البداية والنهاية ٦/١٢.

٣ ـ الكامل فى التاريخ ١١٠/٩

وقال فى حوادث سنة ٤١٦ : «وفيها توفى سابور بن أردشير وزير بهاء الدولة وكان كاتبا سديدا وعمل دار الكتب ببغداد سنة إحدى وثمانين وثلاثمائة وجعل فيها أكثر من عشرة آلاف مجلد، وبقيت إلى أن احترقت عند مجىء طغر لبك إلى بغداد سنة خمسين وأربعمائة..»(١)

وقال فى خلف بن أحمد صاحب سجستان المتوفى ٣٩٩هـ : «كان خلف مشهورا بطلب العلم وجمع العلماء وله كتاب صنفه فى تفسير القرآن من أكبر الكتب.»(٢)

وفى أبى عامر محمد بن أبى عامر المعافرى الملقب بالمنصور أمير الأندلس المتوفى سنة ٣٩٣هـ : «وكان عالما محبا للعلماء يكثر مجالستهم ويناظرهم...»(٣)

*

وأما من ناحية علم الفقه :

فإن علم الفقه مع نضج كثير من العلوم فى هذا العصر ومع كثرة العلماء ووفرة الطلاب والنشاطات العلمية يعتبر فى حالة ركود بعد نضجه.

فقد اقتصر عمل الفقهاء فى هذا العصر على تخريج علل الأحكام التى استنبطها الأئمة المجتهدون وبيان الأصول التى جرى عليها الأئمة فى الاستنباط والترجيح بين الآراء المختلفة فى المذهب من جهة الرواية أو الدراية وإزالة الخفاء والغموض فى أقوال الأئمة والانتصار للمذهب والمقارنة بين المسائل الخلافية.

---

١ ـ الكامل فى التاريخ ٣٥٠/٩ راجع أيضا البداية والنهاية ٣١٢/١١

٢ ـ الكامل فى التاريخ ١٧٣/٩

٣ ـ الكامل فى التاريخ ١٧٦/٩

ولذا يعتبر هذا العصر عصر تقليد بسبب جنوح الفقهاء تقليد الأئمة المجتهدين وعلى وجه الخصوص الإمام أبى حنيفة ومالك والشافعى وأحمد بن حنبل - رحمهم الله - [1] .

ومن زاوية إيجابية يمكننا أن نقول : إن فقهاء هذا العصر أعطوا علم الفقه شكله النهائى تقريبا وقعدوا قواعدها الأخيرة فصارت تصانيفهم عمدة المتأخرين.

وللإمام أبي زيد الدبوسى موقف في التقليد والمقلدين الذين كسلوا عن طلب الحجج. وسوف يأتي بيانه خلال كلامنا عن مكانته العلمية .

*

١ - تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى ص ٢٢٥-٢٢٦ و خلاصة تاريخ التشريع الاسلامى للخلاف ٩٥-٩٦

المبحث الثاني

* اسمه ونسبه واسرته ونسبته ومولده ووفاته

* اسمه ونسبه

هو الإمام النظار الأصولى الفقيه القاضى عبيدالله بن عمر بن عيسى الدَّبُوسِي الحنفى المكنّى بأبى زيد والمشهور بالقاضى أبى زيد الدبوسى.(١)

هذا ما رجحته من أقوال العلماء فى تعيين اسمه - رحمه الله - وذلك لأن بعض العلماء ذكر بأن اسمه «عبدالله» وهم ليسوا بقليلين.

ومن العلماء من جمع بين الاسمين فى كتابه(٢) ، ولعل هذا لتردده فى التعيين أو لمعرفة كثرة ورود كلا الاسمين فى الكتب.

---

١ - انظر لترجمته إلى الأنساب للسمعانى ٣٠٥/٥-٣٠٦ واللباب فى تهذيب الأنساب ٤٩٠/١ ومعجم البلدان ٤٣٧/٢-٤٣٨ ووفيات الأعيان ٤٨/٢ والعبر ١٧١/٣ والبداية والنهاية ٤٦/١٢-٤٧ وسير أعلام النبلاء ٥٢١/١٧ والجواهر المضية ٤٩٩/٢-٥٠٠، وتاج التراجم ص :١٣١-١٣٢، ٢٩٨، وكشف الظنون ٨٤/١، ١٦٨، ١٩٦، ٣٣٤، ٤٦٧، ٥٦٨، ٧٠٣ ومفتاح السعادة ٣٠٧/١-٣٠٨ وهدية العارفين ٦٤٨/١ وشذرات الذهب ٢٤٥/٣-٢٤٦ والأعلام ١٠٩/٤ ومعجم المؤلفين ٩٦/٦-٩٧ والفوائد البهية ص١٠٩ والفتح المبين ٢٣٦/١ وتاريخ التراث العربى ١١٦/٢

٢ - الذين ذكروه بإسم «عبيدالله» هم : صاحب معجم البلدان ٤٣٧/٢ وتاج التراجم ص :١٣١ وكشف الظنون ٨٤/١، ١٦٨، ٣٥٢، ٤٦٧، ٥٦٨، ٧٠٣ ومفتاح السعادة ٣٠٧/١ وهدية العارفين ٦٤٨/١ والفوائد البهية ص : ٥٨، ١٠٩، ١٤٤، ٢٣٥

والذين ذكروه بإسم «عبدالله» هم : صاحب الأنساب ٣٠٦/٥ واللباب ٤٩٠/١ ووفيات الأعيان ٤٨/٢ والعبر ١٧١/٣ وسير أعلام النبلاء ٥٢١/١٧ والبداية والنهاية ٤٦/١٢ وشذرات الذهب ٢٤٦/٣ والأعلام ١٠٩/٤ ومعجم المؤلفين ٩٦/٦.

وأما الذين ذكروا كلا الاسمين فى كتابه هم : صاحب الجواهر المضية ٣١٩/٢، ٤٩٩ وتاريخ التراث العربى ١١٦/٢

لعل سبب هذا الاختلاف راجع إلى اشتهار المؤلف رحمه الله بكنيته «أبى زيد» ونسبته «الدبوسى» وسهولة الاشتباه بين اسم «عبيدالله» و عبدالله» لأمر واضح.

رجحت اسم «عبيدالله» لشبه اتفاق علماء مذهبه(١) - ولاشك أنهم أدرى برجال مذهبهم - ولورود هذا الاسم فى بعض النسخ مثل نسخة سراى أحمد الثالث المكتوبة سنة ٧٨٥هـ(٢) ، قال فى مقدمة هذه النسخة بخط واضح : «بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله محمد وآله أجمعين، قال القاضى الإمام أبو زيد عبيدالله بن عمر بن عيسى الدبوسى رحمه الله : هذا كتاب...»

ولا خلاف فى اسم أبيه عمر ولا فى جده عيسى، ولا نعرف أكثر من ذلك من سلسلة نسبه رحمه الله.(٣)

*

* أسـرته :

الظاهر أن أبا زيد رحمه الله نشأ فى بيت علم وعرفان، وكان أبوه عمر بن عيسى ذا شخصية علمية مطلعة على أقوال العلماء ومذاهبهم، نعرف هذا من قول أبى زيد نفسه فى خلال كلامه فى مسألة ركن الغسل هل داخل الأنف والفم داخل تحت تنقية البشرة أم لا ؟(٤) : «سمعت والدى عمر بن عيسى - رحمه الله - يحكى عن أبى عمرو غلام ثعلب ببغداد يحكى عن ثعلب أنه قال : البشرة الجلدة التى تقى اللحم عن الأذى.»

---

١ - حتى أن القرشى وإن ذكر كلا الاسمين فى كتابه فقد ترجم له تحت اسم «عبيدالله»، راجع (٤٩٩/٢) ولم يترجم له باسم «عبدالله» راجع (٣١٩/٢) بل اكتفي بأن أشار إلى أنه يأتى فى باب عبيدالله.

٢ - من قبل محمد بن محمود بن عبدالحق الطربلسى، راجع آخر كتاب النكاح (١١٢ب)

٣ - راجع المراجع المذكورة التى ترجمة له

٤ - الأسرار (١٧ أ من نسخة سراى أحمد الثالث)

وقوله فى كتابه تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع فى باب القول فى الإحتجاج بلا دليل عند ذكر أقوال الفقهاء فى ذلك(١) : «قال بعض العلماء : لا دليل حجة للنافى على خصمه ولا يكون حجة للمثبت، وكان أبى - رحمه الله - على هذا يحكيه عن مشائخ العراق...»

ولكننا لا نجد له أى معلومات فى كتب التراجم ولا لغيره من أسرته.

*

*** نسبته :**

نسب الإمام القاضى أبوزيد الى «دبوسية» البلدة الصغيرة التى ولد فيها.(٢)

« ودبوسية»(٣) : - بفتح الدال المهملة وضم الباء الموحدة وبعدها واو ساكنة وسين مهملة مكسورة وياء مفتوحة - وهى : بليدة من أعمال السغد من وراء النهر بين بخارى وسمرقند.

---

١ ـ تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع (١٢٥أ من نسخة شستربتي)

٢ ـ الأنساب ٣٠٥/٥ واللباب ٤٩٠/١ ومعجم البلدان ٤٣٧/٢ وشذرات الذهب ٢٤٦/٣ ومفتاح السعادة ٣٠٨/١ والفوائد البهية ص :١٠٩ والأعلام ١٠٩/٤ والفتح المبين ٢٣٦/١

٣ ـ جاء فى بعض الكتب بأنها دبوسة - بفتح الدال وضم الباء الموحدة وبعدها واو ساكنة وسين مهملة مفتوحة. (راجع وفيات الأعيان ٤٨/٢ والعبر ١٧١/٣ وتاج التراجم ص ١٣٢) والأول أصح. راجع (الأنساب ٣٠٧/٥ ومعجم البلدان ٤٣٧/٢) والعلماء متفقون على أنها اسم لبلدة بين بخارى وسمرقند. (المراجع السابقة)

والسغد - بضم السين المهملة وسكون الغين المعجمة وفى آخرها دال مهملة، ربما يقال : الصغد - بالصاد، وهى : ناحية من نواحى سمرقند كثيرة المياه نضرة الأشجار(١) ، وفيها قرى كثيرة بين بخارى وسمرقند، وقصبتها سمرقند، ودبوسية إحدى هذه القرى(٢) .

وسَمَرْقَنْد - بفتحتين - : مدينة كبيرة معروفة ومشهورة بما وراء النهر وهى قصبة السغد - كما ذكر - على جنوب وادى السغد، مرتفعة عليه.(٣)

وأما بخارى - بالضم - فمدينة مشهورة، وهى من أعظم مدن ما وراء النهر وأجلها ، وهى مدينة قديمة نزهة البساتين، وهى على أرض مستوية.(٤)

ذكر فى مراصد الاطلاع(٥) أن بينها وبين نهر جيحون يومان وبينها وبين سمرقند سبعة أيام.

وفى هذه المناطق قضى أبو زيد رحمه الله عمره

*

---

١ ـ قال فى مراصد الاطلاع (٧١٦/٢-٧١٧) : «السغد» : ناحية كثيرة المياه ونضرة الأشجار متجاوبة الأطيار ملتفة الأغصان تمتد خمسة أيام لا تقع الشمس على كثير من أراضيها ، ولا تبين القرى من خلال أشجارها...»

٢ ـ انظر إلى اللباب فى تهذيب الأنساب ١١٩/٢-١٢٠، ٢٤٣ ومعجم البلدان ٤٣٧/٢، ٢٢٢/٣، ٤٠٩ ومراصد الاطلاع ٥١٣/٢، ٧١٦، ٧١٧، ٨٤٢

٣ ـ معجم البلدان ٢٤٦/٢-٢٥٠، ٢٢٢/٣، ومراصد الاطلاع ٧٣٦/٢

٤ ـ معجم البلدان ٣٥٣/١ ومراصد الاطلاع ١٦٩/١

٥ ـ ١٦٩/١ (وللمزيد من المعرفة عن أخبارها القديمة راجع معجم البلدان ٣٥٣/١-٣٥٦)

*** مولده :**

ولد القاضى أبو زيد الدبوسى فى دبوسية سنة سبع وستين وثلاثمائة للهجرة النبوية، (٣٦٧هـ)

إن ذلك بناء على ما أرخ العلماء فى تاريخ وفاته وما ذكروه ما عاش من العمر، إنهم أرخوا فى تاريخ وفاته سنة ثلاثين وأربعمائة - كما سيأتى - ، وذكر صاحب الجواهر المضية (٥٠٠/٢) وتاريخ التراجم (ص :١٣١) ومفتاح السعادة (٣٠٨/١) بأنه كان ابن ثلاثة وستين سنة، في تاريخ وفاته.

وعلى هذا يكون تاريخ ولادته سنة ٣٦٧ من الهجرة المحمدية(١) .

*

*** وفاتـه :**

توفى - رحمه الله - ببخارى سنة ثلاثين وأربعمائة، وهذا هو الأصح،

وهو اختيار أكثر المؤرخين والمترجمين له كالسمعانى صاحب الأنساب وابن خلكان صاحب الوفيات والحافظ الذهبى صاحب العبر والحافظ ابن كثير صاحب البداية والنهاية والقرشى صاحب الجواهر وقاسم بن قطلوبغا صاحب تاج التراجم وأبى الفلاح صاحب شذرات الذهب،(٢)

---

١ - اللهم إلا بعض المترجمين يذكرون سنة ٤٣٢هـ فى تاريخ وفاته، وعلى ذلك تكون ولادته فى سنة تسع وستين وثلاثمائة هـ.

والصحيح هو الأول، وسوف يأتى التفصيل فى تاريخ وفاته - رحمه الله -.

٢ - انظر إلى الأنساب ٣٠٦/٥ وقال فيه : توفى ببخارى فى سنة ثلاثين وأربعمائة - إن شاء الله - ودفن بقرب الإمام أبى بكر بن طرخان، وزرت قبره غير مرة» وإلى وفيات الأعيان ٤٨/٢ والبداية والنهاية ٤٦/١٢ والجواهر المضية ٥٠٠/٢ وتاج التراجم ص ١٣١ وشذرات الذهب ٢٤٦/٣ والفوائد البهية ص ١٠٩ والاعلام ١٠٩/٤ والفتح المبين ٢٣٦/١

وذكر بعض المؤرخين سنة ٤٣٢هـ في تاريخ وفاته، قال القرشي بعد ذكره سنة ٤٣٠هـ في ذلك واختياره : «ورأيت بخط ابن الظاهري : توفي يوم الخميس، منتصف جمادى الآخرة من سنة اثنتين وثلاثين وأربعمائة»(١)

*

١ ـ الجواهر المضية ٢/٥٠٠، راجع أيضا تاج التراجم ص : ١٣١ ذكره بصيغة «قيل»

والمبحث الثالث :

نشأته وشيوخه وتلاميذه

نشأ رحمه الله فى بيت علم وعرفان بما وراء النهر، ولا يعرف له رحلة إلى خارج بخارى وسمرقند.

وكان له بسمرقند وبخارى مناظرات مع الفحول كما ذكر السمعانى(١) حتى روى أنه كان يناظر أحد الفقهاء، فكان كلما ألزمه أبوزيد يبتسم ويضحك، فأنشد أبو زيد :

مالى إذا ألزمته حجة * قابلنى بالضحك والقهقهة

إن كان ضحك المرء من فقهه * فالدب فى الصحراء ما أفقهه.(٢)

وتفقه رحمه الله على القاضى أبى جعفر محمد بن عمرو الاسروشنى.

* وشيخه أبو جعفر الاسروشنى أخذ الفقه عن أبى بكر محمد بن الفضل عن الأستاذ عبدالله بن محمد السبذمونى عن أبى عبدالله محمد بن أحمد بن حفص الصغير عن أبيه أبى حفص الكبير عن محمد بن الحسن الشيبانى عن أبى حنيفة.

وعن أبى بكر أحمد بن على الجصاص عن أبى الحسن عبيدالله بن الحسين الكرخى عن أبى سعيد أحمد بن الحسين البردعى.

* وأبى سعيد البردعى أخذ الفقه عن إسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة عن أبيه عن جده.

---

١ ـ راجع الأنساب ٣٠٦/٥ والبداية والنهاية ٤٧/١٢

٢ ـ الشعر فى وفيات الأعيان ٤٨/٢ والبداية والنهاية ٤٧/١٢ والجواهر المضية ٥٠٠/٢ وتاج التراجم ص : ١٣٢ ومفتاح السعادة ٣٠٨/١ وفتح المبين ٢٣٦/١

- وعن أبى على الدقاق عن أبى سهل موسى بن نصر الرازى عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة.(١)

ونذكر ترجمة هؤلاء الفقهاء رحمهم الله مختصرا على حسب ورود اسمائهم فيما سبق :

* القاضى أبو جعفر محمد بن عمرو الأسروشنى(٢)

أحد قضاة بخارى وسمرقند، كان إماما فاضلا عالما

مات على القضاء بسمرقند سنة أربع وأربعمائة (٤٠٤هـ)(٣)

* أبوبكر محمد بن الفضل الكمارى البخارى

كان إماما كبيرا وشيخا جليلا معتمدا فى الرواية مقلدا فى الدراية، رحل إليه أئمة البلاد. ومشاهير كتب الفتاوى مشحونة بفتاواه ورواياته.

مات ببخارى سنة إحدى وثمانين وثلاثمائة (٣٨١هـ) وهو ابن ثمانين سنة وقيل : سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة.(٤)

---

١ ـ راجع لتتابع السلسلة الفوائد البهية ص : ١٠٩، ٥٧-٥٦، ١٨٤، ١٠٤، ١٨-١٩، ٢٧، ١٠٨، ١٩، ١٤٦ راجع أيضا تراجم الفقهاء المذكورين فى كتب التراجم

٢ ـ قال السمعانى : «الاسروشنى : نسبة إلى اسروشنه - بضم الألف وسكون السين المهملة وضم الراء المهملة وسكون الواو وفتح الشين المعجمة فى آخره نون : بلدة كبيرة وراء سمرقند ودون سيحون.

وقد يزاد فيه التاء فيقال : «الاستروشينى». والصحيح هو الأول.» (الفوائد البهية ص :٥٨)

٣ ـ الجواهر المضية ٢٩٤/٣ والفوائد البهية ص : ٥٧ - ٥٨

٤ ـ الجواهر المضية ٣٠٠/٣-٣٠٢ والفوائد البهية ص : ١٨٤-١٨٥

ذكر المؤلف رحمه الله اسم استاذه القاضى أبى جعفر واستاذ استاذه أبى بكر محمد بن الفضل فى كتابه الأسرار فقال : « وروى استاذنا القاضى أبو جعفر محمد بن عمرو - رحمه الله - عن استاذه أبى بكر محمد بن الفضل باسناده عن أنس بن مالك رضى الله عنه عن النبى ﷺ أنه قال فى الفأرة تموت فى البئر...» (١٥ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

* الأستاذ عبدالله بن محمد بن يعقوب بن الحارث بن الخليل الحارثى السبذمونى المعروف بالاستاذ السبذمونى، مكثر من الحديث إلا أنه متهم فيما ينقله من الرواية.

رحل إلى خراسان والعراق والحجاز.

ولد فى ربيع الآخر سنة ثمان وخمسين ومائتين. ومات سنة أربعين وثلاثمائة. (٣٤٠هـ)(١)

* أبو عبدالله محمد بن أحمد بن حفص، المشهور بأبى حفص الصغير

كان عالم ما وراء النهر، كان ثقة إماما ورعا صاحب سنة واتباع.

له : كتاب الأهواء، والإختلاف، والرد على اللفظية.(٢)

* أحمد بن حفص البخارى، المشهور بأبى حفص الكبير،

كان من كبار تلامذة محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى حنيفة، قال فى الجواهر المضية : «أخذ العلم عن محمد بن الحسن. وله اصحاب لا يحصون.»(٣)

انتهت إليه رئاسة فقهاء الحنفية ببخارى

مات سنة أربع وستين ومائتين (٢٦٤هـ)(٤)

*

---

١ ـ الجواهر المضية ٣٤٤/٢-٣٤٥ والفوائد البهية ص : ١٠٤-١٠٦

٢ ـ الفوائد البهية ص : ١٩

٣ ـ الجواهر المضية ١٦٦/١

٤ ـ الجواهر المضية ١٦٦/١-١٦٧ والفوائد البهية ص :١٨-١٩

* أبوبكر أحمد بن على الرازى المعروف بالجصاص، وهو لقب له،

الإمام الكبير الشأن ولد سنة خمس وثلاثمائة، (٣٠٥هـ)، سكن بغداد، وعنه أخذ فقهاؤها، استقر التدريس له بها، وانتهت الرحلة إليه، وكان مشهورا بالزهد،

وله من المصنفات : أحكام القرآن ، وشرح مختصر شيخه أبى الحسن الكرخى، وشرح مختصر الطحاوى وشرح الجامع لمحمد بن الحسن وشرح الأسماء الحسنى، وكتاب فى اصول الفقه وأدب القاضى،

مات سنة سبعين وثلاثمائة (٣٧٠هـ) عن خمس وستين سنة،(١)

* أبو الحسن عبيدالله بن الحسين الكرخى

انتهت إليه رئاسة أصحاب أبى حنيفة بعد أبى حازم وأبى سعيد البردى، وانتشرت أصحابه، كان كثير الصوم والصلاة صبورا على الفقر والحاجة،

وكان مولده سنة ستين ومائتين، ومات سنة أربعين وثلاثمائة (٣٤٠هـ)(٢)

* أبو سعيد أحمد بن الحسين القاضى البردعى

أحد الفقهاء الكبار وأحد المتقدمين من مشائخ الحنفية ببغداد، أقام بها سنين كثيرة يدرس، ثم خرج إلى الحج، فقتل فى وقعة القرامطة مع الحجاج، وذلك سنة سبع عشرة وثلاثمائة (٣١٧هـ)(٣)

---

١ ـ الجواهر المضية ١/٢٢٠-٢٢٤ والفوائد البهية ص : ٢٧-٢٩

٢ ـ الجواهر المضية ٢/٤٩٣-٤٩٤ والفوائد البهية ص :١٠٨-١٠٩

٣ ـ الجواهر المضية ١/١٦٣-١٦٦ والفوائد البهية ص : ١٩-٢٠

* إسماعيل بن حماد بن الإمام أبى حنيفة، أخذ عن أبيه حماد والحسن بن زياد ولم يدرك جده، ولى قضاء الشرقى ببغداد وقضاء البصرة والرقة، كان بصيرا بالقضاء، محمودا فيه، عارفا بالأحكام والوقائع والنوازل والحوادث، صالحا دينا عابدا زاهدا، قال فى الجواهر المضية فيه : «الإمام بلا مدافعة، ذو الفضائل الشريفة والخصال المنيفة»

له : الجامع فى الفقه، والرد على القدرية، وكتاب الإرجاء ورسالته إلى البستى،

إنه مات شابا سنة اثنتى عشرة ومائتين، (٢١٢هـ)(١)

* حماد بن النعمان بن ثابت الإمام أبى حنيفة، تفقه على أبيه وأفتى فى زمنه، وهو من طبقة الإمام أبى يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد، وكان الغالب عليه الورع والزهد،

مات سنة ست وسبعين ومائة (١٧٦هـ)(٢)

*

* أبو على الدقاق الرازى، أستاذ أبى سعيد البردعى، صاحب كتاب الحيض،(٣)

* أبو سهل موسى بن نصر الرازى، من اصحاب محمد بن الحسن،(٤)

*

---

١ ـ الجواهر المضية ١/٤٠٠-٤٠٣ والفوائد البهية ص : ٤٦

٢ ـ الجواهر المضية ٢/١٥٣-١٥٤ والفوائد البهية ص : ٦٩

٣ ـ الفوائد البهية ص : ١٤٦، ٢١

٤ ـ الجواهر المضية ٣/٥٢١-٥٢٢ والفوائد البهية ص :٢١٦

وذكر رحمه الله أستاذا آخر له فى كتاب الأسرار فى مسألة : إذا استيقظ النائم فوجد على فراشه أو فخذه مزيا ولم يتذكر احتلاما...(١) فقال : «حدثنا إسحاق بن إبراهيم الخطيب بسمرقند باسناده عن يحيى بن معين...»

والظاهر أنه إسحاق بن إبراهيم بن نصرويه بن سختام، أبو ابراهيم السمرقندى الخطيبى، أخو الإمام أبى الحسن على الخطيبى.

كان شيخ أصحاب أبى حنيفة وعالمهم فى زمانه.

مات سنة إحدى عشرة وأربعمائة (٤١١هـ)(٢)

- * -

١ ـ (٤أ فى سطر ٢٦ من نسخة سراى أحمد الثالث)

٢ ـ الجواهر المضية ١/٣٦٣-٣٦٤

تلاميذه :

يعرف للمؤلف رحمه الله تلميذان :

أولهما: على القاضى علاء الدين المروزى، قال فى الفوائد البهية(١) : «على القاضى علاء الدين المروزى صاحب أبى زيد الدبوسى، أخذ العلم عنه عن أبى جعفر الاستروشنى عن أبى بكر محمد بن الفضل...»

وأما الثانى : فهو أحمد بن عبدالرحمن بن اسحاق بن أحمد بن عبدالله، أبو نصر الريغدمونى، المعروف بالقاضى الجمال.

كان إماما فاضلا، ولى قضاء بخارى.

أخذ العلم عن القاضى أبى زيد الدبوسى وتفقه عليه. و أخذ عنه :

ابنه محمد بن أحمد المتوفى سنة ٥١٨هـ ببخارى)(٢) ،

وابن ابنه ابو نصر جمال الدين حامد بن محمد(٣) ،

وعبدالرحمن بن محمد بن عبدالله النيسابورى (المتوفى سنة ٥٥٣هـ)(٤)

وأبو شجاع محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين بن القاسم بن حمزة بن الحسن ابن على بن عبيدالله بن الحسن بن عبيدالله بن العباس بن على بن أبى طالب العلوى المشهور بالسيد أبى شجاع(٥) ،

ومحمد بن عبدالرحمن، أبو عبدالله البخارى (المتوفى سنة ٥٤٦هـ) وهو من مشائخ صاحب الهداية(٦)

*

وبهؤلاء العلماء الأجلاء ومصنفاته القيمة استمر فقه أبى زيد الدبوسى رحمه الله إلى يومنا هذا.

*

---

١ ـ ص : ١٤٤

٢ ـ الجواهر المضية ٤١/٢

٣ ـ الفوائد البهية ص : ٥٩

٤ ـ الجواهر المضية ٣٩٣/٢ والفوائد البهية ص : ٩٢

٥ ـ الجواهر المضية ٢٨/٣ والفوائد البهية ص : ١٥٥

٦ ـ الجواهر المضية ٢١٤/٣ والفوائد البهية ص : ١٧٦

المبحث الرابع

مكانته العلمية ومؤلفاته

* مكانته العلمية :

يعتبر الإمام أبو زيد الدبوسي رحمه الله من كبار الأصوليين والفقهاء، قال العلامة ابن خلدون في مقدمته(١) خلال كلامه في أصول الفقه : «فكان لفقهاء الحنفية فيها اليد الطولى من الغوص على النكت الفقهية والتقاط هذه القوانين من المسائل الفقهية ما أمكن : وجاء أبو زيد الدبوسي من أئمتهم فكتب في القياس بأوسع من جميعهم وتمم الأبحاث والشروط التي تحتاج إليها فيه، وكملت صناعة أصول الفقه بكماله وتهذبت مسائله وتمهدت قواعده.»

ويعتبر رحمه الله أول من وضع علم الخلاف(٢) وأبرزه على الوجود.

---

١ ـ انظر إلى ص : ٤٥٥

٢ ـ علم الخلاف :

هو علم يعرف به كيفية إيراد الحجج الشرعية ودفع الشبه وقوادح الأدلة الخلافية بإيراد البراهين القطعية

هذا ما قال في كشف الظنون (٧٢١/١)

قال في مفتاح السعادة (٣٠٦/١) : «هو علم باحث عن وجوه الاستنباطات المختلفة من الأدلة الإجمالية والتفصيلية الذاهب إلى كل منها طائفة من العلماء....»

يعطي لنا ابن خلدون تفصيلا أكثر في مقدمته (ص : ٤٥٦-٤٥٧) بعد كلامه عن علم الفقه وأصوله فقال : «وأما الخلافات : فاعلم أن هذا الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية، كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم خلافا لابد من وقوعه لما قدمناه واتسع ذلك في الملة اتساعا عظيما، وكان للمقلدين أن يقلدوا من شاءوا منهم ثم لما انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار وكانوا بمكان من حسن الظن بهم اقتصر الناس على تقليدهم ومنعوا من تقليد سواهم لذهاب الاجتهاد لصعوبته وتشعب العلوم التي هي مواده باتصال الزمان وافتقاد من يقوم على سوى هذه المذاهب الأربعة، فأقامت هذه المذاهب الأربعة أصول الملة وأجرى الخلاف بين المتمسكين بها والآخذين بأحكامها =

اتفقت على ذلك كتب التواريخ والتراجم التى تكلمت عنه.(١)

إن مكانته العلمية كانت مسلمة من الجميع. ولذا اعتنى العلماء بآرائه واختياراته فى الفقه والأصول(٢) ، حتى أن الإمام الغزالى رحمه الله ذكر فى مقدمة

= مجرى الخلاف فى النصوص الشرعية والأصول الفقهية وجرت بينهم المناظرات فى تصحيح كل منهم مذهب إمامه تجرى على أصول صحيحة وطرائق قويمة يحتج بها كل على مذهبه الذى قلده وتمسك به، وأجريت فى مسائل الشريعة كلها وفى كل باب من أبواب الفقه. فتارة يكون الخلاف بين الشافعى ومالك، وأبو حنيفة يوافق أحدها، وتارة بين مالك وأبى حنيفة، والشافعى يوافق أحدهما، وتارة بين الشافعى وأبى حنيفة ومالك يوافق أحدهما. وكان فى هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء الأئمة ومثارات اختلافهم ومواقع اجتهادهم. كان هذا الصنف من العلم يسمى بالخلافيات. ولابد لصاحبه من معرفة القواعد التى يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج إليها المجتهد، إلا أن المجتهد يحتاج إليها للاستنباط وصاحب الخلافيات يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستنبطة من أن يهدمها المخالف بأدلته. وهو لعمرى علم جليل الفائدة فى معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال عليه...»

١ ـ وفيات الأعيان ٤٨/٢ العبر ١٧١/٣ سير أعلام النبلاء ٥٢١/١٧ البداية والنهاية ٤٦/١٢ الجواهر المضية ٤٩٩/٢-٥٠٠ تاج التراجم ص ١٣٢ مفتاح السعادة ٣٠٧/١ شذرات الذهب ٢٤٦/٣ والفوائد البهية ص : ١٠٩ والأعلام ١٠٩/٤ والفتح المبين ٢٣٦/١

٢ ـ قال فى ميزان الأصول (ص :٤٢٩) خلال بيانه اختلاف العلماء فى حكم الخبر المشهور : «قال بعضهم : إنه يوجب علم طمأنينة لا علم يقين. وهو اختيار الشيخ القاضى الإمام أبى زيد الدبوسى» (راجع أيضا كشف الأسرار ٣٦٨/٢)

قال فى الميزان أيضا (ص :٦٤٩) فى بيان حكم القياس والعلة القاصرة : «وفرع على هذا الأصل القاضى الإمام ابو زيد - رحمه الله - أن القياس لا يجرى فى إثبات أصل الحكم وصفته ابتداء، وفى إثبات علة الحكم وصفتها وفى إثبات الشرط وصفته ابتداء، وإنما يجرى القياس ويشرع فى الحكم المشروع المعلوم بوصفه بلا منازعة فى محل بالنص أو الإجماع، فيعدى إلى الفرع.»

وقال ابن الهمام فى الفتح(٢٨٦/٣) فى مسألة تزويج المجوسى أمه أوابنته: «وأما ما اختاره القاضى أبو زيد وأتباعه وجعله المصنف وغيره الصحيح من أن له حكم الصحة عنده» =

كتابه شفاء الغليل أن الكلمات التى نقلتها الألسنة من كتب القاضى أبى زيد الدبوسى - رحمه الله - كانتسببا فى تأليف كتابه هذا.(١)

كذلك سبب تأليف الإمام أبى المظفر - رحمه الله - كتابه «الاصطلام» فى الخلاف.(٢)

*

وقد اثنى عليه كثير من العلماء بالعلم والفضل والفهم الدقيق والبحث العميق، والمثالية فى النظر واستخراج الحجج...

إليك بعض ما قال أهل العلم فى هذا الصدد :

* « كان من كبار أصحاب الإمام أبى حنيفة - رضى الله عنه - ممن يضرب به المثل.»(٣)

* « كان من أذكياء الأمة»(٤)

* « كان ممن يضرب به المثل فى النظر واستخراج الحجج والرأى.»(٥)

= وقال فى كشف الأسرار (٣٤٥/٤) فى وجوب الأحكام والعبادات على الصبى : «القاضى ابو زيد ومن سلك طريقه فإنهم قالوا بوجوب حقوق الله تعالى جميعا على الصبى من حين يولد كوجوبها على البالغ ثم بسقوطها عنه بعد وجوب بعذر الصبا لدفع الحرج. وذلك لأن الوجوب مبنى على صحة الأسباب وقيام الذمة لا على القدرة...»

راجع أيضا لمثل هذه الآراء والاختيارات ميزان الأصول ص : ٧٣٩ وكشف الأسرار ٣٠٩/٢، ٣٨٣، ٧/٤، ٢٤٣ وفتح الغفار ٨٢/٢، ١٠٥، ١٣١ ١٩/٣، ٧٦، ٧٩، والعناية ٢٧٢/٨ واللباب فى شرح الكتاب ١٤٣/١، وإرشاد السارى ص : ١٨٢

١ ـ شفاء الغليل ص :٩

٢ ـ الأنساب ١٣٩/٧ والطبقات الكبرى للإمام السبكى ٣٤٢/٥ والفوائد البهية ص : ١٧٤

٣ ـ وفيات الأعيان ٤٨/٢

٤ ـ سير أعلام النبلاء ٥٢١/١٧

٥ ـ الأنساب ٣٠٦/٥، العبر ١٧١/٣ شذرات الذهب ٢٤٦/٣ الفتح المبين ٢٣٦/١

* «هو أول من وضع علم الخلاف وأبرزه إلى الوجود»(١)

* «كان له بمسرقند وبخارى مناظرات مع الفحول»(٢)

* « كان شيخ تلك الديار»(٣)

وقد سبق ذكر قول العلامة ابن خلدون كان يقول : «وجاء أبو زيد الدبوسى من أئمتهم فكتب فى القياس بأوسع من جميعهم وتمم الأبحاث والشروط التى تحتاج إليها فيه وكملت صناعة أصول الفقه بكماله وتهذبت مسائله وتمهدت قواعده»(٤)

وقال الغزالى - رحمه الله - فى مقدمة شفاء الغليل(٥) فى صدر بيان سبب تأليف كتابه : «وقد أحوج إلى استقصائها كلمات تداولتها ألسنة المتلقفين من كتب القاضى أبى زيد الدبوسى - رحمه الله، فغلبت على كلام الخصوم فى مجارى الجدال والخصام...»

*

١ ـ وفيات الأعيان ٤٨/٢ والعبر ١٧١/٣ وسير أعلام النبلاء ٥٢١/١٩ والبداية والنهاية ٤٦/١٢ والجواهر المضية ٤٩٩/٢ وتاج التراجم ص ١٣٢ وشذرات الذهب ٢٤٦/٣ والفوائد البهية ص ١٠٩، وقد سبق ذكره

٢ ـ الأنساب ٣٠٦/٥

٣ ـ العبر ١٧١/٣ ، شذرات الذهب ٢٤٦/٣

٤ ـ المقدمة ص : ٤٥٥

٥ ـ شفاء الغليل فى بيان الشبه المخيل ومسالك التعليل ص : ٩

موقف القاضي أبي زيد الدبوسي من التقليد

رغم اتصاف عصر أبي زيد الدبوسي رحمه الله بعصر التقليد إلا أننا نراه يشن حملة صارمة لاهوادة فيها على التقليد والمقلدين ومن كسل عن طلب الحجج وجعل أمامه الرجال دونها.

وإنه يقول في مقدمة كتابه الأسرار : «وخالفت بها جل أهل دهري وأعرضت عن سائر الفنون ولم أقتنع بالظنون وجعلت الحجج أمامي لا الرجال، وبالحجاج خصامي دون الجدال، واعتصمت بالله ذي المن والإفضال العظيم الجلال الكبير المتعال.»

ويقول في كتابه الأمد الأقصى : «ثم انتقل الأمر إلى القرن الرابع، فذهب القول أيضا إلا على سبيل الندرة، ومالها من عبرة. وصار الإسلام غريبا معنى، كما بدأ غريبا دعوى، وآل الأمر إلى اتباع الرجال دون الحجة، كما قال عليه السلام : «بدأ الاسلام غريبا وسيعود غريبا.»(١)

---

١ ـ أخرجه مسلم - في كتاب الإيمان / باب بيان أن الإسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا وإنه يأزر بين المسجدين (١٣٠/١-١٣١) عن أبي هريرة وعن ابن عمر رضي الله عنهما ولفظ حديث أبي هريرة : قال رسول الله ﷺ : «بدأ الإسلام غريبا وسيعود غريبا ، فطوبى للغرباء.»
وأخرجه أيضا الترمذي - في الإيمان / باب ما جاء أن الإسلام بدأ غريبا وسيعود غريبا (١٨/٥)
وابن ماجة - في الفتن / باب بدأ الإسلام غريبا (١٣١٩/٢-١٣٢٠)
وأحمد بن حنبل في مسنده (١٨٤/١، ٣٩٨، ١٧٧/٢، ٢٢٢، ٣٨٩، ٧٣/٤)
وللحديث طرق وألفاظ.

وقال : «خير الناس رهطى الذين أنا فيهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشوا الكذب، حتى أن الرجل يشهد قبل أن يستشهد ويحلف قبل أن يستحلف.»(١)

وحتى اتبع كل رهط واحدا من علماء التابعين والصالحين، ما يستجيز مخالفة صاحب مذهبه - وهو رجل مثله من الأئمة - ويستجيز حجة الله القائمة عليه، بخلاف عقيدته من كتاب الله أو سنة رسول الله - وفى ذلك مخالفة صاحب مذهبه -. فإن صاحب مذهبه ما استجاز إتباع واحد بعينه بعد رسول الله ﷺ . بل اختار قول البعض من سلفه، وقول البعض فى أخرى على حسب ما شهده له حجته بصحة قوله متمسكا بكتاب الله فى العمل بالحجة دون اتباع النظراء والآباء.

ولولا غروب آية الذين من القرن الرابع، وإلا بقى العمل بالحجة،ولو بقى بها لم يكن أبو حنيفة رضى الله عنه صاحب مذهبه، ولا على ولا عبدالله بن مسعود رضوان الله عليهما. وأهل الكوفة تلقنوا منهما، وكما لم يكن لأبى يوسف ومحمد -

---

١ - أخرجه البخارى فى عدة مواضع منها : ما أخرجه فى كتاب الشهادات / باب لايشهد على شهادة جور إذا أشهد (١٢٤/١١)

وفى المناقب / باب فضائل أصحاب رسول الله ﷺ (٢٣٨/١٣)

وفى الرقاق / باب ما نحذر من زهرة الدنيا والتنافس فيها (٤١٨/١٨)

وأخرجه مسلم - فى كتاب فضائل الصحابة / باب فضل الصحابة، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم (١٩٦٢/٤-١٩٦٣)

وله طرق وألفاظ أيضا.

ولفظ البخارى عن عمران بن حصين رضى الله عنه - فى كتاب المناقب (٢٣٨/١٣) قال رسول الله ﷺ : «خير أمتى قرنى، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم»

- قال عمران : فلا أدرى أذكر بعد قوله قرنين أو ثلاثا. -

«ثم إن بعدكم قوما يشهدون ولا يستشهدون، ويخونون ولا يؤتمنون، وينذرون ولايوفون، ويظهر فيهم السمن.»

رحمة الله عليهما - وهما تلميذاه وأعلم الناس بحجته، واشهدهم ورعا فى مخالفة الإسناد طعنا، فكيف يجوز ذلك؟ والفتوى بالقياس فتوى بغالب رأيه ؛ لأنه حينئذ يصير طريق الإصابة طريق اليقين، وذلك باطل، حتى لا نجد الرجل اليوم من العلماء يتعصب لنصرة قول الخلفاء الراشدين، ويتشمر لنصرة أبى حنيفة رضى الله عنه أو الشافعى رحمة الله عليه.

فلولا اتباع هوى النفس لأخذته حمية الدين فى نصرة أقوال الصحابة، فلما لم يأخذه واستجاز الترك والقول على ما شهد له بصحة الحجة، فكيف لم يستجز بمثله فى التابعين أو الصالحين.

على هذا أدركنا الأمة إلا من غرب فيهم، فقليل من عباده المهتدون.»(١)

مع كلامه هذا فقد نراه متمسكا بمذهب أبى حنيفة وأصحابه، لابد ذلك بعد بذل الجهد فى طلب الحجج والاقتناع بقوة الأدلة. والله أعلم

*

١ ـ الأمد الأقصى ص : ٣٦٦-٣٦٨

* مؤلفاته :

صنف رحمه الله كتبا عديدة ولكل واحد منها مكانته فى العلوم الاسلامية، نذكر ما نعرفه من هذه الكتب مرتبة على حروف المعجم :

* الأسرار

وصف فى الفوائد البهية[١] بأنه أجل تصانيفه، وهو فى المسائل الخلافية فى الفقه، هذا هو الكتاب الذى نقدمه محققا جزءا منه .

* الأمد الأقصى

هو كتاب فى دراسة العلل النفسية والقلبية والنصائح فى السلوك الحسنة، والحكم والمعرفة، والدعوة إلى الله، وحسن العبادة.. وفيه غير ذلك فوائد كثيرة.

قال فى كشف الظنون [٢] : «هو مشتمل على حكم ونصائح فى أحدى عشر كتابا.»

ذكر المؤلف رحمه الله كتابه هذا فى مقدمة تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع وذكره أيضا صاحب الأنساب (٣٠٦/٥)، وسير أعلام النبلاء (٥٢١/١٧) وتاج التراجم (ص ١٣٢) ومفتاح السعادة (٣٠٨/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١) والأعلام (١٠٩/٤) ومعجم المؤلفين (٩٧/٦) وفتح المبين (٢٣٦/١)

وقد طبع سنة ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م محققا.[٣]

---

١ - انظر إلى ص : ١٠٩ منه

٢ - انظر إلى ١٦٨/١

٣ - بين منشورات دار الكتب العلمية ببيروت بتحقيق محمد عبدالقادر عطا.

* الأنوار فى أصول الفقه

هو كتاب مختصر فى أصول الفقه ذكره الحاج خليفة فى كشف الظنون(١) (١٩٦/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١) ومعجم المؤلفين (٩٧/٦)

* تأسيس النظر

ألفه رحمه الله لبيان أصول الخلاف بين الأئمة ومدار الأقوال والتنازع ومعرفة وجهة الأئمة وحججهم.

قال رحمه الله فى مقدمة الكتاب : «الحمد لله رب العالمين، العاقبة للمتقين. والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله أجمعين، أما بعد :

فإنى لما رأيت تصعب الأمر فى حفظ مسائل الخلاف على المتفقهة - وفقهم الله لمرضاته - وتعسر طرق استنباطها عليهم ، وقصور معرفتهم عن الاطلاع على حقيقة مأخذها، واشتباه مواضع الكلام عند التناظر فيها، جمعت كتابى هذا أحرفا؛ إذا تدبر الناظر فيها وتأملها عرف محال التنازع ومدار التقاطع عند التخاصم، فيعرف غايته إلى ترتيب الكلام وتقوية الحجج فى المواضع التى عرف أنها مدار القول ومحال التنازع فى موضع النزاع، فيسهل عليهم حفظها وتيسر لهم سبيل الوصول إلى عرفان مأخذها.»

ذكره صاحب كشف الظنون (٣٣٤/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١) والأعلام (١٠٩/٤) ومعجم المؤلفين (٩٧/٦) وتاريخ التراث العربى (١١٧/٢)

---

١ ـ وقال بعد ذكر الكتاب ونسبته إلى مؤلفنا رحمه الله : «هو مختصر. أوله : الحمد لله الذى أعلى منزلة المؤمنين...»

* التعليقة فى مسائل الخلاف بين الأئمة

يذكر هذا الكتاب ابن خلدون فى مقدمته(١) (ص :٤٥٧) وصاحب كشف الظنون (٧٢١/١) وتاريخ التراث العربى (١١٨/٢)

* تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع

المعروف ب «التقويم» أو «تقويم الأدلة»

هو كتاب جليل القدر فى أصول الفقه، قال رحمه الله فى مقدمة كتابه هذا مبينا سبب تأليفه هذا الكتاب :

«إنى لما رأيت كل هذا الشرف للعلم ونوره كامن فى قلوب البشر كمون النار فى الشجر ما يقدحها إلا أيدى الهمم العالية بفكر فى الحجج الهادية، وأكثر الناس قبسوه بحواسهم ففقدوه فى اقتباسهم، رأيت اتباع السلف فى إثارة هذا النور ببيان الحجج فرضا ثم إنارته بوقود المداد فى صفائح الكتب حقا، رجاء أن أكون من الأشباه، واستعنت الله تعالى، ولا حول ولا قوة إلا بالله على قصد منى يقوم كتاب الهداية الذى ذل خاطرى فى بعضه بحكم البداية فرارا عن التمادى فى الباطل وتخريجا علي الأصول الأربعة التى بها يتعلق الابتلاء فى الحال، وبيانا للحدود التى بها يمتاز البعض عن البعض، على وجه خرس دونه ألسنة الأكثر من أولى هذه الصناعة، والله ولى التوفيق لتتميم هذه البضاعة.»

---

١ ـ ذكره أثناء كلامه عن علم الخلاف.

ذكر هذا الكتاب صاحب الأنساب (٣٠٦/٥) ووفيات الأعيان (٤٨/٢) ومعجم البلدان (٤٣٧/٢) واللباب فى تهذيب الأنساب (٤٩٠/١) وسير أعلام النبلاء (٥٢١/١٧) والبداية والنهاية (٤٧/١٢) والجواهر المضية (٤٩٩/٢) وتاج التراجم (ص :١٣١) وكشف الظنون (٤٦٧/١) ومفتاح السعادة (٣٠٧/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١) والفوائد البهية (ص :١٠٩) والأعلام (١٠٩/٤) ومعجم المؤلفين (٩٧/٦) والفتح المبين (٢٣٦/١) وتاريخ التراث العربى (١١٧/٢)

اختلفت كلمات العلماء فى تعيين اسمه، ما ذكرناه من اسمه الكامل هو ما اختاره محقق الجزء الثانى منه (اعتبارا من باب القياس إلى آخر الكتاب) ووجده أكمل التسميات وأدقها، والأخرى على سبيل الرمز والإشارة إلى اسم الكتاب لا على تحقيق اسمه الكامل.(١)

* خزانة الهدى

ذكر المؤلف رحمه الله هذا الكتاب فى مقدمة تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع مع كتابه الأمد الأقصى.

ذكره أيضا صاحب كشف الظنون (٧٠٣/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١)

* شرح الجامع الكبير للإمام محمد

ذكره صاحب كشف الظنون (٥٦٨/١) وهدية العارفين (٦٤٨/١)

---

١ ـ راجع مقدمة التحقيق

قام بتحقيق هذا الجزء عبدالرحيم صالح الأفغانى لنيل الدكتوراه بجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

وأشار أيضا أنه سمع بأن الجزء الأول حقق فى الأزهر الشريف ولكنه لم يره

* النظم في الفتوى

ذكره صاحب الفوائد البهية (ص : ١٠٩) وفتح المبين (٢٣٦/١)

* والهداية

ذكره رحمه الله فى مقدمة كتابه تقويم أصول الفقه وفى الأسرار فى كتاب القسمة(١) ، ولم أر أحدا غيره ذكر ذلك الكتاب ولم اطلع على مكان وجود نسخة منه والظاهر من كلام المؤلف رحمه الله فى كلا الموضعين، أنه ألفه فى أصول الفقه

*

---

١ ـ فى مسألة تقسيم العقار بإقرار المورثين، (٥٦/٣)
قال فيه : «... إجراء على الأصل الكبير الذى بنياه فى باب الطرد من كتاب الهداية،»

الفصـــــل الثاني

التعريف بالكتاب

ويشتمل على ما يلى:

المبحث الأول : اســـم الكتاب ونسبته إلى المؤلف

والمبحث الثاني : منهج المؤلف في الكتاب

والمبحث الثالث : مصادرالمؤلف في الكتاب

والمصادر التى نقلت عن المؤلف

والمبحث الرابع : ملاحظات على الكتاب

والمبحث الخامس : وصف المخطوطة

والمبحث السادس : المنهج في التحقيق

المبحث الأول

إسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف

إسم الكتاب :

سمى رحمه الله كتابه هذا بـ «الأسرار» والظاهر أن هذه التسمية تأتى عن قصد المؤلف إرشاد طالب العلم والباحثين إلى أسرار المسائل الخلافية، ولذا يجد القارئ في كثير من المواضع أنه يشير إلى نقطة معينة فيقول : «فهو سر المسألة»

وقد قال رحمه الله في مقدمة الكتاب : «هذا كتاب استنبطه التفكر في أسرار المسائل والروية في فنون المسائل بعد سد غورها بمسبار النظر ووقف على حقائقها يحد الفكر حث صانعه على ترتيب مباينه وتهذيب معانيه عمى قلوب السادين وتناقض أصول الناسين في كدهم لحفظ نظم من الكلام لا تأثير له في إثارة الأحكام وحسن عبارة مالها للقلب من إنارة فاستخار الله تعالى فيه واستعان به ليهديه بنوره يؤيده بهداه ليصل إلى مقصوده في بيان ما اثر من العلل وطرح مالم يؤثر من الجمل، وتجريد ما اشتهر الخلاف فيه بين علماء الهدى على اختصار في اللفظ وتوفير من المعنى من غير إيلاج باختراع ولا إعجاب بابتداع بل متبركا باتباع، فللسلف في كتبهم إشارات ولعلمهم عبارات يقع بها للمأمل الهداية وبأمثالها للمستنبط الكفاية، ولم أنلها إلا بعد ما انفقت فيها عظيم عمرى وخالفت فيها جل أهل دهرى، وأعرضت عن سائر الفنون ولم اقتنع بالظنون، وجعلت الحجج أمامى لا الرجال وبالحجاج خصامى دون الجدال، واعتصمت بالله ذى المن والأفضال العظيم الجلال الكبير المتعال.»

ولهذا قال السمعاني أثناء كلامه في كتاب جده «الاصطلام» رد فيه على أبى زيد الدبوسى وأجاب عن الأسرار التى جمعها.»(١)

— * —

---

١ ـ الأنساب ١٣٩/٧

نسبة كتاب الأسرار إلى المؤلف

إن كل من ترجم لأبى زيد الدبوسى - رحمه الله - من المتقدمين والمتأخرين يذكر هذا الكتاب بين مؤلفاته، وغالبا يأتى هذا الذكر فى رأس قائمة تلك المؤلفات.(١) قال فى الفوائد البهية(٢) : «وأجل تصانيفه : الأسرار.»

وقد ألف الإمام الحافظ أبو المظفر منصور بن محمد بن عبدالجبار السمعانى الشافعى (المتوفى سنة ٤٨٩هـ)(٣) كتابه «الاصطلام» للرد فيه على أبى زيد الدبوسى والجواب عن الأسرار التى جمعها فى كتابه هذا. ونقل عن الأسرار فى مواضع كثيرة منه(٤) .

ونقل أيضا كثير من المؤلفين عن الأسرار مع نسبة الكتاب إليه رحمه الله(٥)

وذكر المؤلف رحمه الله كتابه الأسرار فى كتابه تقويم أصول الفقه وتحديد

---

١ ـ راجع الأنساب ٣٠٦/٥ واللباب فى تهذيب الأنساب ٤٩٠/١، ومعجم البلدان ٤٣٧/٢ وفيات الأعيان ٤٨/٢، والجواهر المضية ٤٩٩/٢ وتاج التراجم ص : ١٣١ والبداية والنهاية ٤٧/١٢، وكشف الظنون ٨٤/١، ومفتاح السعادة ٣٠٧/١ والأعلام ١٠٩/٤ والفتح المبين ٢٣٦/١ وتاريخ التراث العربى ١١٧/٢

٢ ـ ص : ١٠٩

٣ ـ قال حفيده الإمام أبى سعد عبدالكريم بن محمد بن منصور السمعانى فى كتابه الأنساب (١٣٩/٧) أثناء كلامه عن مصنفاته رحمه الله : «والمختصر الذى سار فى الآفاق الملقب بالاصطلام ورد فيه على أبى زيد الدبوسى وأجاب عن الأسرار التى جمعها.»

(راجع أيضا الطبقات الكبرى للسبكى ٣٤٢/٥ والفوائد البهية ص : ١٧٤)

٤ ـ راجع الجزء الأول المطبوع ص : ٩٣، ١٣٢، ١٣٨، ٢٠٢، ٢٠٥، ٢٠٨، ٢٧٣، ٣٢١

٥ ـ مثل صاحب كشف الأسرار. راجع ٢٨٩/١، ١١٥/٢، ٣٧٢،١٥/٣، ٧/٤، ٢٤٥ منه، وفتح الغفار ٨١/٢ والعناية ٢٧٢/٨ والإصابة فى تمييز الصحابة ٤٠١/٣ واللباب فى شرح الكتاب ١٤٣/١

أدلة الشرع فى نهاية القول فى صحة عبارات الصبى فقال : « لاشبهة هذه الفصول مذكورة فى كتاب الأسرار.»(١)

وبذلك يتضح أن نسبة الكتاب إلى القاضى أبى زيد الدبوسى رحمه الله مؤكد منه، ولا نعرف أحدا نسبه إلى غيره أو نفى نسبته إليه، والله أعلم.

— * —

١ ـ تقويم اصول الفقه (١٧٠ أ من نسخة شستربتى)

المبحث الثانى

منهج المؤلف فى الكتاب

ألف أبو زيد رحمه الله كتابه الأسرار فى فقه الخلافيات فى الفروع خاصة فى المسائل الخلافية بين أبى حنيفة والشافعى وبينه وبين أصحابه أبى يوسف ومحمد وزفر - رحمهم الله جميعا٠

فيذكر أولا خلاصة أقوال الأئمة فى المسألة المختلف فيها وغالبا يبدأ بقول أبى حنيفة ثم بأقوال أصحابه وقول الشافعى٠

ويمكننا أن نقول : إنه يقدم القول الذى يميل إليه ويقع عليه ترجيحه، ثم يذكر قول الخصم٠

ويعقب قول الخصم بأدلة مذهبه فى غاية الإنصاف

ثم يذكر أدلة القول المقدم ثم يرد على مذهب الخصم بعبارة متقنة رصينة ونزيهة عن القساوة الجافة٠

كما تتميز عباراته بالليونة فى الأخذ والردوتتميز أيضا طريقته فى الاستدلال بالقوة والفهم الدقيق والدراية٠

وفى الأغلب يظهر الرأى الراجح عنده فى آخر المسألة بأسلوب فى غاية الدقة والليونة والأدب»

ومن باب الأمثلة على ذلك قوله : «هذا الوجه أحسن من الأول وأبعد من المنازعة»(١) ٠

وقوله : «فما قاله أبو حنيفة أظهر وما قالاه أحق٠»(٢)

وقوله : «هذا قياس ظاهر وما قالاه استحسان قوى٠»(٣)

---

١ ـ راجع كتاب الوكالة (١٠/٣)

٢ ـ راجع كتاب الديات (٥١٠ ب من نسخة ب)

٣ - كتاب البيوع (١/ ١٦٧)

وقوله : «وللخصم كلام حسن فى عذر الأجل فى أنه لا يورث.»(١)

وقوله : «وكلا الوجهين حسن» . (٢)

وقوله : «والفرق بين الثمن والمثمن على ما نذكر فى موضعه أمر باطن، وإنه معذور فيما صنع، وعلماؤنا مأجورون على ما اجتهدوا»(٣)

وقوله : «فما قالاه ظاهر، والذى قاله أبو حنيفة أفقه»(٤)

وقوله : «فأما رواية الشافعى نصا بسببه بحيث لا يحتمل التأويل. إن ثبت قيل به، وإنا نترك القياس بالخبر...»(٥)

وقوله : «فمحمد اعتبر العادة، وهما الحقيقة، وفى الإنتزاع عن العادة ضرب حرج.»(٦)

وقوله : «فالذى قاله أبو حنيفة قياس صحيح وما قالاه احتياط»(٧)

— * —

١ ـ راجع كتاب البيوع (١/ ٣٤١)

٢ ـ راجع كتاب الصلح (٤٣٥أ من نسخة ب)

٣ ـ راجع مسائل السلم (٢/ ١٣)

٤ ـ راجع مسائل السلم (٢/ ٣٩)

٥ ـ راجع كتاب البيوع (١/

٦ ـ راجع كتاب البيوع (١/ ٢٣٤)

٧ ـ راجع أواخر كتاب البيوع (٢/ ١٤٥)

المبحث الثالث :

مصادر المؤلف فى الكتاب والمصادر التى نقلت عن المؤلف

لاشك أن المؤلف رحمه الله استفاد من كتب كثيرة صنفها أسلافه من العلماء(١) ، إلا أننا نذكر هنا ما أشار إليه بنفسه فسماها بأسمائها مرتبة على حروف المعجم :

* أحكام الوقف للإمام هلال بن يحيى بن مسلم البصرى صاحب أبى يوسف وزفر المتوفى سنة ٢٤٥هـ

(راجع كتاب الوقف ٥٤١أ، ٥٤٣أ، ٥٤٩أ، ٥٥٠أ)(٢)

* الأصل للإمام محمد بن الحسن الشيبانى

ويسمى أيضا المبسوط.

(راجع كتاب الصلاة ٥٢أ، وفصل صدقة الفطر ٩٤أ وكتاب المناسك ١٠٨أ والعتق ٢٧٥ب

* الأمالى للإمام أبى يوسف

(راجع كتاب الصلاة ٣٧أ، وكتاب النكاح ١٩٤أ)

---

١ ـ وذلك ؛ لأن هناك كثيرًا من الأحاديث والآثار وأقوال العلماء التى ذكرها رحمه الله ولم يسندها إلى مصدر معين

٢ ـ ما ذكرنا من المواضع التى ذكر فيها اسم مصدر من المصادر ليس للحصر، بل من باب المثال، وأرقام اللوحات من نسخة (ب)

* الجامع للإمام محمد بن الحسن

(كتاب الزكاة ٦٤ب، والبيوع ٣٧٠ب، والصرف ٣٨٤أ)

* الزيادات للإمام محمد بن الحسن

(كتاب العتق ٢٧٥أ، والبيوع ٣٧١أ)

* سنن أبى داود للإمام الحافظ سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن شداد الأزدى السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥هـ

(فصل صدقة الفطر ٩٤أ)

* شرح مختصر الطحاوى للإمام أحمد بن على أبى بكر الرازى الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ

(كتاب البيوع ٣٥٧أ)

* الكتاب

إن المؤلف رحمه الله يكثر ذكره ، وهو للإمام محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة كما صرح بذلك المؤلف فى كتاب التحرى (٥٧ب) وكما هو الظاهر من سياق العبارات التى ذكر فيها، وغالب ظنى أنه يعنى بالكتاب ،كتاب الأصل أى المبسوط الذى سبق ذكره.

* كتاب الشافعى للإمام محمد بن إدريس الشافعى

والظاهر أنه كتاب اختلاف الحديث.

(كتاب البيوع ٣٤٥أ)

* مختصر أحمد بن محمد بن سلام أبى جعفر الطحاوى المتوفى سنة ٣٢١هـ

(كتاب البيوع ٣٥٧أ)

* مختصر عبيدالله بن الحسين أبى الحسن الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠هـ

(كتاب الديات ٥٠٨أ)

*

وقد ذكر رحمه الله في بعض المواضع اسم عالم بدون إشارة إلى تأليفه ومن هذا القبيل ذكره الأسماء الآتية :

* أبوبكر البلخى، محمد بن أحمد الإسكاف.

(كتاب الزكاة ٧٤أ)

* أبوبكر الرازى، أحمد بن على الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ

(كتاب الطهارة ٤ب ، والمناسك ١٠٩أ)

* أبو جعفر، القاضى محمد بن عمرو الأسروشنى، استاذ المؤلف، المتوفى سنة ٤٠٤هـ

(كتاب الطهارة ١٥ب)

* أبو جعفر الهنداوى، محمد بن عبدالله بن عمر الملقب بأبى حنيفة الصغير المتوفى سنة ٣٦٢هـ

(كتاب الوقف ٥٤٣أ)

* أبو الحاكم أبو الفضل صاحب المختصر

(كتاب الطهارة ١٥أ)

* أبو سهل الزجاجى، صاحب كتاب الرياض صاحب أبى الحسن الكرخى

(فصل صدقة الفطر ٩٥ب)

* إسحاق بن إبراهيم، الخطيب بسمرقند

(كتاب الطهارة ٤أ)

* الأصمعى، عبدالله بن قريب بن على أبو سعيد المتوفى سنة ٢١٦هـ

(كتاب الطهارة ٢٠أ)

* الخصاف، أحمد بن عمرو بن مهر الشيبانى المتوفى سنة ٢٦١هـ

(كتاب الوقف ٥٤٢أ)

* الطحاوى، أحمد بن محمد بن سلام، أبى جعفر المتوفى سنة ٣٢١هـ

(كتاب الصلاة ٥٠ب، ٥١أ، والمناسك ١٠٩أ)

* مالك، الإمام مالك بن أنس رحمه الله

(كتاب الصلاة ٥١أ، والزكاة ٦٥ب، والنكاح ١٦١ أ، ٢٠٤أ، ٢٠٨ أ)

* الكرخي، عبيدالله بن الحسين أبي الحسن المتوفى سنة ٣٤٠هـ

(كتاب الطهارة ٥أ، ٦أ)

* محمد بن شجاع الثلجي، المتوفى سنة ٢٦٦هـ

(كتاب المناسك ١٤٧أ)

* يوسف بن خالد، السمتي صاحب أبي حنيفة المتوفى سنة ١٨٩هـ

(كتاب الوقف ٥٥٠أ)

*

فأما المصادر التي نقلت عن الكتاب،

فقد نقلت عن كتاب الأسرار مصادر كثيرة، وما نذكره ههنا من باب الأمثلة من تلك المصادر :

* كشف الأسرار ١٧٨/١، ١٨١، ١٩٩، ٢١١، ٢٤٢، ٢٥٢، ٢٨٩،

٣٢/٢، ١١٥، ١٤٨، ٣٨٣

١٥/٣، ٦٣، ٨٥، ١٤٠، ٣٧٢

٧/٤، ٦٧، ٧٥، ٩٧، ١٩٨، ٢١٤، ٣٣٣

* فتح الغفار بشرح المنار ٨١/٢، ٨٢/٣، ١٢٢

* فتح القدير لابن الهمام ٢٤٧/٦، ٢٧٨، ٣٥١

* العناية فى شرح الهداية ٢٤٦/٦، ٥٤٧، ٢٧٢/٨، ٢٧٥، ٢٧٨، ٣٧٣

* تبيين الحقائق ١٠٩/٢، ١٩٤

* البحر الرائق ١٦٦/٣

* عمدة القارى ٣٦٤/٩

* منحة الخالق ٢٠١/٦

* مجمع الأنهر ٩٥/٢

* اللباب فى شرح الكتاب ١٠٦/٤

* إرشاد السارى ص : ١٨٢

* نتائج الأفكار ٤٤/٨

* الإصطلام، نقل عنه فى مواضع كثيرة.

* الإصابة فى تمييز الصحابة ٤٠١/٣

*

المبحث الرابع

ملاحظات على الكتاب

مع تسليم جلالة قدر المؤلف رحمه الله وحدة ذكائه ورسوخ علمه فسوف أذكر هنا بعض الملاحظات على كتابه فيما وجدت من خلال تحقيقه هذا ودراسته ومعايشتي معه كما يلي :

* عدم وجود العناوين الجامعة والمانعة في كثير من المواضيع

* عدم إنسجام بعض العناوين بما قبله أو بعده، مثل ذكر مسائل وفصول تحت فصل، كما هو الحال في عناوين مسائل السلم

* عدم انسجام بعض العناوين بما تضمنه تحته، مثل عنوان«فصل حد الإتلاف» ومسألة خلافية في ملكية المغصوب بالإتلاف مذكورة تحته ومسائل خلافية أخرى في الإتلاف مع أن المؤلف رحمه الله ذكر فصل الإتلاف قبل ذلك وهو أعم من فصل حد الإتلاف وأشمل. ويمكن درج هذه المسائل مرتبة تحته ولم يفعله . بل ذكر تحته الخلاف في ضمان المنافع والخلاف في ضمان جلد ميتة مدبوغ بشيء له قيمة، والخلاف في تضمين آلاة اللهو بالإتلاف.

ومثل عنوان «فصل الركن» ومسألة اشتراط تسليم الموقوف تحته بدلا من فصل الشرط في كتاب الوقف...

* ذكر بعض المسائل في ضمن كتاب مع أن صلتها بالكتاب ضعيفة أو أن تكون تلك المسألة في كتاب آخر أنسب مما وضعه المؤلف، وذلك مثل ذكر مسألة إختلاف الزوجين في المهر وذكر اختلاف المولى والعبد في بدل الكتابة في كتاب

البيع وذكر مسائل الوكالة فى كتاب البيع إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، وذكر مسألة شهادة موليا أمة منكوحة بالطلاق فى كتاب الوكالة،

* تكثير الأمثلة والنظائر والإحترازات في مسألة واحدة بحيث يطول المسألة ويشحنها بالفروعات ويتعب الذهن بسبب انتقالات من موضوع الى موضوع آخر. ولحاجة القارئ الى معرفة سياق ذلك الموضوع وسباقه حتى يفهمه ويعرف أصله والجامع بينه وبين المسألة أو سر الإتفاق أو الإختلاف بينهما...

وذلك مثل ذكر المؤلف رحمه الله أكثر من خمسة وعشرين مصطلحا فقهيا أو أصوليا من بين مثال ونظير وتفريع أو إحتراز في مسألة حكم بيع الفاسد وفي مسألة زيادة أحد المتابيعين لصاحبه على ما شرط في العقد...

ولهذا أمثلة كثيرة في الكتاب .

* ذكر بعض الأحاديث بألفاظ غير متداولة فى كتب الحديث والآثار،[1]

* وبعض الأمور التى يمكن حدوثها مع كل أهل علم غير ما ذكرت،

والله أعلم بالصواب،

*

---

١ - على سبيل المثال روايته بأن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكراً و ردّ رباعيًّا. (٢٠/٢) و روايته قول النبي صلى الله عليه وسلم « وزن بوزن جيدها و رديئها سواء. » (١٢٥/١) ونحو ذلك.

المبحث الخامس

وصـــف المخطوطة

إن لكتاب الأسرار عدة نسخ فى مكتبات العالم، ومما أعرفها من هذه النسخ :

* - نسخة مكتبة مرادملا وهي مجلدان (تحت رقم ٧٥٠-٧٥١)

الجزء الأول (٢٧٠ ورقة) من أول كتاب الطهارة إلى نهاية كتاب النكاح

والجزء الثانى (٣٦٢ ورقة) من أول كتاب الطلاق إلى آخر الكتاب وزيلت ببعض المسائل من كتاب الجامع الكبير وكتاب الزيادات وكتاب الجامع الصغير للإمام محمد رحمه الله.

تاريخ نسخها : ٤٨٧هـ وعدد الأسطر فيها ٣١.

* - نسخة سراى أحمد الثالث. رقم المخطوطة : ١١٠٦، وهى مجلد واحد (٦٠٥ ورقة)، وهى أيضا نسخة كاملة. عدد الأسطر فيها ٣١ أيضا. مسائل الجامع الصغير والكبير والزيادات بعد كتاب العقد وقبل كتاب البيوع .

تاريخ نسخها : ٩٨٥هـ

* نسخة مكتبة داماد إبراهيم. رقم المخطوطة : ٤٩٠، وهى أيضا مجلد واحد (٥٩٥ ورقة) إلا أنه ليس فيه كتاب البيوع، وهو غير موجود أيضا فى فهرس الكتاب وسائر الكتب موجود، وهى مزيلة أيضا ببعض مسائل الجامع الصغير والجامع الكبير والزيادات. عدد الأسطر فيها ٣١ أيضا.

* نسخة مكتبة آيا صوفيا رقم المخطوطة : ١٠٢١، مجلد واحد، (٦٨٣ورقة) وكل لوحة ٢٩ سطرا. نسخها عبدالرحمن بن أحمد بن عكاشة الشافعي سنة ٩٥٤هـ

نسخت فى القرن العاشر٠

وفيها نسخة أخرى تحت رقم ١٠١٩ ، وهى مجلد واحد أيضا (٨١٤ ورقة)

* نسخة مكتبة فيض الله أفندى، رقم المخطوطة : ٥٦٠

الموجود منها الجزء الثانى اعتبارا من كتاب النكاح٠(٣١٣ ورقة)

تاريخ نسخها : ٦٦٢هـ

* نسخة مكتبة شستر بيتى، رقم المخطوطة:٥١٥، وهى ثلاثة أجزاء

* نسخة مكتبة الحميدية٠ رقم المخطوطة : ٤٤٤٠ (٤٦٩ ورقة)

نسخت فى القرن الحادى عشر

* نسخة مكتبة عارف حكمت٠ رقم المخطوطة : ٣٩، وهى فى مجلدين٠

اعتمدت فى التحقيق على أربع من هذه النسخ

الأولى : نسخة مرادملا :

وهى نسخة قيمة قديمة٠ قد نسخت بعد ٥٧ سنة من وفاة المؤلف رحمه الله٠

إن ناسخها ذكر إسمه وتاريخ انتهائه من النسخ فى آخر الجزء الثانى فقال : «فرغ من إتمام كتابته صبيحة يوم الثلاثاء الثانى من شهر الله الأصم عظم الله بركته سنة سبع وثمانين وأربعمائة هجرية على بن إسماعيل بن محمد النيسابورى.» والظاهر أن الناسخ كان على معرفة من العلوم الشرعية لدقة تعامله مع المصطلاحات الفقهية وتشكيل بعض الكلمات. اللهم إلا أن في بعض حروف كتابة الناسخ تشابها، وفى وضع النقط تساهلا، وهى مقابلة إلى ثلث كتاب البيوع تقريبا.

إن هذه النسخة تعتبر للكتابة بمثابة نسخة الأم الأصل، وهى التى رمزت لها بحرف (أ)

والثانية : نسخة سراى أحمد الثالث.

وهى نسخة ممتازة أيضا وكاملة، نسخها محمد بن محمود بن عبدالحق الطربلسى سنة ٩٨٥هـ. وذكر الناسخ إسمه وتاريخ النسخ فى آخر كتاب النكاح، ويتضح من نسخه أنه كان أهل علم ومعرفة. قابل نسخته وقام بتصحيحها بقدر المستطاع. كتبه بخط الرقعة، فإن حروف كتابته مع صغرها واضحة وغير متشابة.

وهى التى رمزت لها بحرف (ب) وأحلت عليها فى حين الحاجة.

والثالثة : نسخة داماد ابراهيم. وهى مكتوبة بخط واضح، إلا أنها كثيرة الأخطاء. والظاهر أن الناسخ ما كان على مكانة علم يمكنه التمييز بين المعانى وتجنب الأخطاء التى تؤثر على المعنى والمفهوم.

ولذا لم أشر إلى الفرق بينها وبين النسخ الأخرى احترازا عن إطالة دون نفع

راجع إلى القراء و الباحثين ، و لكنني استفدت ـ في الكتب الموجودة فيها ـ من وضوح كلماته إذا أشكلت قراءتها على نسخة مرادملا و سراى أحمد الثالث ، و إذا وجدت أن ما فيها أنسب للإثبات مما فيهما أثبتت ما هو الأنسب و أشرت إلى مصدرها .

و هي التي رمزت لها بحرف (ج) .

و الرابعة : نسخة آياصوفيا (١٠٢١)، و هي مكتوبة أيضاً بنسخ حسن واضح، استفدت من هذا الوضوح . و هي شبيهة بنسخة سراى أحمد الثالث إلا أنها كثيرة الأخطاء و ترتيب كتبها مختلف.

❁

و نسخة آياصوفيا الثانية و النسخة الحميدية و عارف حكمت كثيرة الأخطاء جداً .

❁

المبحث السادس

منهج في التحقيق

لقد سلكت فى تحقيق الكتاب الخطوات التالية :

* بذلت جهدا فى إخراج نصوص الكتاب على وجه صحيح سليم بقدر المستطاع

* وفى حالة اختلاف النسخ وضعت ما رأيته أصح وأنسب مما أختلفن فيه فى صلب الكتاب بين القوسين مشيرا في الهامش إلى مقابله الموجود فى نسخة أخرى

* كما وضعت الكلمات الساقطة فى احدى النسخ فى الصلب بين القوسين واشرت إلى ذلك فى الهامش.

* وعند اقتضاء سياق الكلام فى بعض المواضع إلى إضافة كلمة أو عبارة لا يتم المعنى إلا به أو فى حالة عدم إضافته يؤدى ذلك إلى معنى غير صحيح أضفتها فى الصلب ووضعتها بين قوسين مربعين مع الإشارة إليها فى الهامش وبينت سبب تلك الإضافة، وذلك قليل جدا.

* وضعت عنوانا لكل مسألة ذكرها المؤلف بدون عنوان. وهو الغالب فى الكتاب، ووضعتها بين قوسين مربعين وبخط يختلف عن خط نص الكتاب.

* عزوت الآيات القرآنية إلى سورها وذكرت رقم الآية وفق المصحف الشريف، وفى غالب الأحيان أتممتها إذا كانت غير واردة كاملة.

* خرجت الأحاديث النبوية والآثار التى وردت فى الكتاب من أمهات كتب السنة والآثار مع بيان درجتها وما قيل فى سندها ومدى صحتها وصلاحها للاحتجاج بها قدر المستطاع.

* عرفت الاصطلاحات الفقهية والأصولية الواردة فى الكتاب لغة واصطلاحا بالرجوع إلى المصادر الأصلية فى اللغة والفقه والأصول.

* وشرحت الكلمات الغريبة اعتمادا على كتب اللغة.

* وقمت بتشكيل بعض الكلمات التى يلتبس معناها إذا أهمل شكلها.

* أحلت المسائل التى أوردها المؤلف على أهم المصادر الفقهية والأصولية المتداولة بين أيدى الناس، وعلى وجه الخصوص إذا كانت في تلك المصادر تفصيل وبيان اختلاف الفقهاء فى المسألة - ليسهل على الباحث معرفتها إن أراد التوسع والتعمق فيها.

* واهتممت بإحالة كل قول عالمٍ على كتب مذهبه المعتمدة لديهم وأشرت الى القول الأظهر عندهم.

* وبذلت جهدى فى إيضاح بعض ما غمض من العبارات أو ما صعب فهمه بسبب

تجرده عما سبقه أو تابعه أو نحوه من المسائل مستفيدا مما قال العلماء رحمهم الله في كتبهم في ذلك مع الإشارة الى المراجع التي استفدت منها.

* ترجمت للأعلام الواردة في الكتاب ترجمة مختصرة عند ذكر العلم أول مرة مع الإحالة على بعض المصادر التي ترجمت لذلك العلم.

* التزمت في التحقيق قواعد الإملاء المعاصرة بصرف النظر عما في النسخ

* وقسمت النص الى فقرات بحسب المعنى والموضوع.

* وضعت في آخر الكتاب فهارس للآيات القرآنية والأحاديث الشريفة والآثار والقواعد الفقهية والأصولية والأمثال والأشعار والأعلام والمصادر وموضوعات الكتاب.

- الى آخر ما تتطلبه مراعاة قواعد التحقيق...

وأسأل الله العون والتسديد فهو نعم المولى ونعم النصير

وصلى الله على سيد الأنبياء والمرسلين

والحمد لله رب العالمين

— * * * —

كالمشية الجنين غير متقومة والعين مباركة لنا بحيث لا يضمن بالغصب مع الامكان لا كذلك حق الولاء
كما ان ولد امامه والخيار مباركة انما استحقاقها فيخرج من الملك على ما يتناول موضعه ولا قيمة للخمر حق المسلم فيقتل
هذا الجنين وانما يخلص الى ولده الدلالة عليها والدليل عليه ما ذكرنا ان حقها ثبت باختلاط النجوم باللحم والدم بالدم
بالولد على ما قاله محمد فان ولد الامة من زوجها اعتاقا اجماعا كما يجب الاخذ لولد الام الذي زوجه على ما يرى
سبب تمتع الاستيلاد لحق الجاني يجب شغلها بالموت اما الحق الاول فلما بينا وانما يجب لحقها الثابت لا مطلقا
نسب الولد تابعا لحق المولى لقوة المولى لا تساوي الحقوق الاولى متعلقة بملك الغير لا بمنتقل الى القيمة وانما يفيد اليها
البيع والغاية وقد استحقت الغاية ولا يضمن الغصب الا ما له متقومة وكذلك بالعتق يفيد ما له تسبيب خلاف
الدبر فان المعاوضة بالتعليق لا يسبب لا يملك المولى ما يتناوله بتعليقه فلم يثبت ما يوجب الخروج الا يتمشى
بطلان قيمة المالية لا يلزم ام ولد النصراني اذا اسلمت لانا جعلناها مكاتبة والكتابة سبب على المكاتب بناء على السراية
على ما مر الا ترى ان الجزء يجب بشاء لا فيما لا يجب بدلا عما هو مالك وانما يجب بدلا عن ذلك الجزء من العبد
والعبد باقية غير انه لا يوجب حكما ولا قيمة للمالك اعتبارا لقيمة الدين فيخرج المالك عند الكتابة ومنه لقول اصحاب
تقدير البدل بقدر الامكان على ما مر في باب النكاح ولهذا يصح كتابة ام الولد فان العبد ثابتة عليها كما كانت وكذلك
الملك والكتابة تمنع زوال الجزء من العبد الماوكة وكذلك يطأها الرجل الولي ينتفي على ملك المتعة وسبب
فيما يملك الرقبة وانه ثابت لا مالك ما له متقومة فاسدا اذا اعتق نصيب الشريك عتقت بلا سعاية عند
ابي حنيفة لان العبد يزول بعتاق الجزء السراية انما يجب على العبد لاحتباس ماله المولى عليه ولا ملك متقومة لم
يجب فان قيل هذا ابطال ما قلتم من جانب ولا يبين ملتقى ولا يعاد الاكبر والاخر الاصغر سابقا الا ما ولد
الاكبر ويثبت نسب الاصغر صاحب الاصغر وحق قيمة للاكبر وبالدعوة اتلف ولد ام الولد على
مدعي الاكبر فانما لا يثبت ام ولد لمدعي الاكبر بالاكبر بان يضمن الاصغر مثلا له على حسب ملك ام
الولد كالولد يدعي الاصغر وانما يثبت بها فان نسب الاصغر لا يثبت وسقوط جزء ام الولد لا ما يتعلق منزلة الاقتضاء الاصغر
اتلفه بالدعوة وشرطنا انما عارض ذلك لان مدعي الاصغر ادعى الامام بحالة الدعوة ولد لا يملك الاستيلاد
بعض الاكبر كما يعلم له بالتالي صحة الاستيلاد والدعوة الا ان الاستحقاق بدعوة الاكبر بالنسب والشرب
بعض الاكبر ناسخ له ما تقدم فان الولد يكون حرا لا يسبب على الغرور كذا هذا ولا يسبب الولد الاصغر مثله الاخ
الاصغر كالسراية من الاكبر اليه وتدعي الاصغر قبل الاكبر صحيح الامام ولد او معها لان الدعوة ثابتة ما لا يلزم ام
ولد بين كما تثبت ظاهرا ما تثبت بها عرفا فانا ثبت كتابة وعتق وعتقت اما الولد يسعى للاخر قال ابو حنيفة فيما
في الاصغر لا يسبب المكاتب لا يسبب امة ولد ما لا يعتق الا نهر الى المكاتب اذا لم يجز مع اصحابه وعن الاستيلاد لا يعمل
التقرير بشيء ضمانا على اسلام حنيفة لان بابه حرية لست الدبرة وعلقها من المدبرة ولا
انه بين اثنين قال لصاحبها اصاب ام ولد تهما جاءت مرقوقة بينهما وبينهما عبد الذي انكر عند ابي حنيفة وقالا ان شاء
الذي انكر استسعاها من نصف القيمة لاستيلاد لهما وجمع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة لان فساد نسب كل وقيل ثبت
بين العتق لما سبب الاستيلاد وان ثبت نسبه بالعتق عن الاستيلاد كما يريد لتبعيضها ما ثبت بها السعاية
للاخر عند ابي حنيفة وعندهما يجب كذلك الحق ... ام ولد النصراني اذا اسلمت تجب الى العتق بسعاية
عندنا وقال زفر تعتق بلا سعاية بعد الجاز وقال الشافعي عليه السلام من الولد ... ام الاسلام

موجب طلع به المولى الكاتب عنها بلا خلاف ولا سالك لان ابدا الملك بالاذن لا ملك الذي يجب به ولا يجوز لها
الذي لها بالاعانة في حياته ولم يكن صناعة ولا يلزم صناعة ولا الحجاب لها يتناولها ... الا بالاسلام
اسحقت اذا ادات الاول وذلك بقطع الملك ولا يكون الا بالاعتاق ... وكان لا يملك المولى ... فصنف الصناعة
حتى ... بالاخبار لا ... الاخبار ملك الجنين ... بالاذن ... بيع غير ... بيع ... ما في البيع
بالاصحاب والاخبار الا انا نقول ان الاستيلاد له بالبدل لا بالملك على ما يتناول كتاب البيع الا ترى ان لو كانت
له ... على اعتبار ذلك لان اليد تزول بالكتابة واذا كان ... فزوال اليد لم يضمن الى ان الملك فلا
يملك ما كان قبل الاسلام وصرف وحطها كانت مزول اليد ولا يعود لا بالاستيلاد ولا يعود اليه اصلا اليد عنها
بالاعتاق كان الاصل الملك يجتمع لا الا الا بعد ذلك اليد الا ترى ان الغاصب ضمن ان اليد كالتلف لان
فوات الملك بالبيع ثم يحل والجناية معارضة بيد على ما مر والله اعلم

تم كتاب العتاق بحمد الله وحسن توفيقه

كتاب البيوع

بسم الله الرحمن الرحيم

البيع نوعان حلال وحرام واسمه البيع وحرام واسمه الربوا والحلال نوعان لازم وغير لازم والحرام
كذلك نوعان ما يوجد جائزا بانواع النفيس وما لا يوجد جائزا بحال وذلك اربعة . والحلال الذي
هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للعاقدين والخيارات اربعة خيار الشرط وخيار الرد بالعيب وخيار
بسبب الاسترداد وخيار الرؤية . ثم البيع اربعة انواع من جهة المبيع . البيع المطلق وهو بيع عين
يعين او ذكر بيع السلم وهو بيع ما في الذمة وبيع ما يصنعه صانع وهو الاستصناع وبيع الصانع وهو
الاجارة . ومن جهة الثمن اربع انواع بيع المرابحة وهو المطلوب مع الثمن بالثمن وهو التصرف وبيع
الثمن بمثل اوزانه وبيع عددي متقارب تعلق الذمة ومع الحيوانات موصوف في الذمة . ومن جهة
التسمية ينقسم الى اربعة بيع مساومة وهو البيع بالثمن الذي يتفقان عليه وبيع مرابحة وهو البيع بالثمن
الاول وزيادة وبيع تولية وهو البيع بالثمن الاول وبيع وضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول
فاما الفاسد فنهيت لجهات اربع اما لمعنى في المحل مع قيام المالية واما لمعنى في العاقد
مع قيام الاهلية واما لمعنى في العقد مع قيام اصله واما لعدم المالية والمحل اصلا فعند الفاسد
وانواعه لان الفساد ثبت شرعا والمفاسد يثبت بتراضي الاصل ... والفساد ... يحتاج
الى دليل ... فقد ثبت الملك بالدليل لا يثبت شرعا ... قال علماؤنا البيع الفاسد والجائز
يوجب الملك اذا اتصل به القبض بقبضه الصحيح لا بالمسمى وقال الشافعي لا يوجب الملك وهذه مسئلة من
مسائل اصول الفقه ومن ان النهي المطلق عن العقود الشرعية والافعال الشرعية ما حكمه قال علماؤنا حكمه
تقرير المشروع وجعل ما كان العبد اذا باشره فاسدا الا بدليل قال الشافعي حكمه رفع المشروع ونسخه الا
بدليل وقد ذكرنا ما في اصول الفقه وانما موضع الخلاف هاهنا ان التبيع على ما اجمع عليه حجة الشافعي

اللوحة الأخيرة من نسخة مراقي ملا

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلاة على رسوله محمد وآله أحمد بن قال القاضي الإمام أبو زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي
رحمه الله هذا كتاب استطلع الفكر أسرار المسائل وأبان عيون الدلائل بعد ما سرحوا سبار النظر وقرن على مقاتلها بحد
الفكر حيث ما شاء إلى مذهب صاحبه ونهذب معانيه كي تقرب الشارد وتنقص أصول الناشئين إلى كتابه لطيف نظم من الكلام
فائق لزين الناظم الإتمام وحسن بيان مالئ للقلب من الإيمان استخار الله تعالى في تسويده واستعانه في تبويبه بعونه وتوفيقه ليصل إلى
مقصوده في بيان ما أثر من العلل وطرح ما لم يؤثر من الجدل وتجريد ما استنبطه الخلفاء بين أئمة الدين في الأحكام واستنباط وتوفيقه والمعنى
من غير إيلاج باختراع ولا إيجاب بابتداع بل بتبركا بالاتباع للسلف ولكنهم أشارات والعلام عبارات يتبع بها كلمة الله والدلالة وبالله
لا يستطيع الكتابة ولم إذا لا بعد ما انفقت لها عظم عمري وفالتت بها جل أمري وأعرضت عن سرح الفنون والرياضة بالعلوم
وجعلت الحج أمامي الليال والمحاج حصان دون الجدال وأعمدة بالعمد ذي المن والإنعام الذي نظم الجلال الكبير المتعال قال العبد رضي الله عنه
بدأنا بكتاب الصلوة لأنها أقرب بعد الإيمان بالله تعالى وأقرب الأركان وجوبا وأداء فنقول وبالله التوفيق والإلهام
وتمنى الكمال والعصمة إن الصلاة أنواع فرض عين وواجب وسنة وفرض كفاية ونافلة والأنواع أداء وقضاء وصلوة
سفر وصلوة حضر وصلوة تلاوة والأنواع حيث بأوقات صلوة جمعة وعيدين وصلاة الجنازة والأنواع إذا أسباب العذر
الصلوة بغير إذن وقاعدا وبالإيماء وصلوة الخوف وأسباب بحدث وصلاة الكسوف والرعاف والقلس والإدراج والصلوات نفسها
الأذان والإقامة وسنة زائدة والصلوة بشروط وشطر وأركان وسنن وآداب وتراويح وسهو فيها ما ينقض ولا
للقطع وللصلوة أحكام الترك تركه ما به صار ما ملأ للدين وإذا بالإرادة وترك الصلوة عمدا وترك ركن منها وترك واجب
منها تبدأ بالشروط فأما الإسلام على الوجوه فلما قلنا أن الإيمان وطهارة الطهارة وستر العورة واستقبال القبلة والنية لجنس
الصلوة والوقت شرط لأداء الفرائض والسنن المؤقتة والطهارة أنواع إذ لفظة حقيقة وحكمه وهي ثلاثة أنواع المنسال
والوضوء والتيمم فنبدأ بالطهارة وهي مفتاح الصلوة وسبب الأداء الفرض لغير الآدمي فصل الطهارة الحكمية اختلف العلماء في سبب
الحدث والوضوء والسبب الذي تعلق وجوب الطهارة به شرط الأداء والركن لا بد من صورة الطهور الأصلي وصورته بزوال عند العدم فنبدأ
بالسبب المخرج منه فنقول السبب مستثناة قال علماؤنا رحمهم الله سبب الحدث الوضوء خارج نجس من الإنسان وقال مالك والشافعي
الخارج المعتاد من السبيل العادة لأن الله تعالى ذكر الغائط وهي كناية عن قضاء الحاجة والعادة وهو باب لا يعرف إلا بالعادة ولا يجوز إثباته
عليه إلا بالنص ولنا أن النص ورد بوجوب غسل موضع النجاسة وذلك غير وإن الثاني كل خارج من المخرج المعتاد حدث لأن النبي عليه السلام
بالحدث من غير تفصيل وحيث ما يعطي اسم الشيء من غير تأمل حتى لا يكون على نجاسة ثم السبيلان خلقا لخارج النجس والأول في الأصل
وإنما يخرج منها النجس فيرد ذلك وينبغي على الندب وهذا أن السبيلان باطنان شرعا لأن الحس النظر إليهما لا إلى الخارج منهما
فيتعلق الشرع الوجوب بالخروج لتحقق السبيلين واستقر اختيارهم الخارج تيسيرا إذا أقيم السبب مقام العلة لتعذيب بلوغ وشاهد الحكم في
الأصل خلف الخارج الظاهر كالدم والقيح والبول والغائط لم يتعلق بها وجوب الطهارة وإن خرج منها نجس بالخارج
وسقط عن الخارج في نفسه الأثر إلا بالإجماع يجب الوضوء عن الدود خارج من الدبر والريح والحصاة خارجة من الدبر
[illegible] الحدث [illegible] الخارج النجس فهو أقل حالا من قبل النوم والنعاس لا يعرف الخارج لا يعرف ظاهرا لا يعرف
من حدث أنه خارج نجس [illegible] الحس [illegible] الخارج [illegible] الطهارة [illegible] الخارج
[illegible] الحس لأن الاستواء [illegible] خروج الريح [illegible] الرجل المرأة حدث لا يجب خروج الدود [illegible]
[illegible] لا يحل [illegible] لأن الحجر [illegible] بقلة الشهوة وكما قالوا [illegible] الدود والحصاة [illegible] حدث وما لا يحس عن شهوة [illegible]
موضع البول [illegible] الذكر [illegible] الحدث [illegible] الخارج [illegible] الحدث [illegible]
[illegible] الخارج [illegible] السبيلين حدثا لا لأن خروج من ظاهر

[illegible] الخارج [illegible] الخارج [illegible] السبيلين [illegible] الخارج [illegible] السبيلين [illegible] الخارج [illegible] السبيلين

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب البيوع البيع نوعان حلال واسمه البيع وحرام واسمه الربوا والحلال
نوعان لازم وغير لازم والحرام كذلك نوعان ما يعود جابرا برفع المنسوخ والا يعود جابرا بحال نذكرها
واغلاقا الذي هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للمتبايعين والخيارات اربعة خيار الشرط وخيار الرؤية
وخيار بسبب الاسترخاص وخيار الرؤية ثم البيع اربعة انواع من جهة المبيع البيع المطلق وهو بيع عين
او دين وبيع السلم وهو بيع ما في الذمة وبيع ما يصنعه عينا وهو الاستصناع وبيع المنافع وهو الاجارة
جهة الثمن انواع اربعة ايضا بيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع العين بالدين
او دين متقارب يتعلق في الذمة وبيع العين سائر موصوف في الذمة ومن جهة التسمية ينقسم الى اربعة
بيع مساومة وهو والبيع بالثمن الذي يتفقان عليه وبيع مرابحة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع تولية
البيع بالثمن الاول وبيع وضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول فاما الفاسد يفسد لمعان اربع اما لخلل
المجاورة قيام المالية واما لمعنى في الفائدة قيام الاهلية واما لمعنى في العقد مع قيام اصله واما لعدم المالية
البدل اصلا فنبدأ بالفاسد انواعه لان الفساد ثبت شرعا والجواز يثبت بتراضي المالكين بينا بدون
امر الشرع وهو اصل غير محتاج الى دليل لجوازه بعد ثبوت الملك المطلق للتصرف شرعا مسئلة قال علماؤنا البيع
الفاسد في الجملة يوجب الملك اذا اتصل به القبض بقيمة المبيع لا بالمسمى وقال الشافعي لا يوجب الملك وهو
من مسائل اصول الفقه وهي ان النهي المطلق عن العقود الشرعية والافعال الشرعية ما حكمه قال علماؤنا
المشروع وجوده اما البيع اذا باشره فاسدا لا بدليل وقال الشافعي حكمه رفع المشروع ونسخه لا بدليل وقد
ذكرناها في اصول الفقه وانما موضع الكلام ههنا الثمن مع على ما اجمع عليه وحجة الشافعي على التحريم على الاصل
اجمعنا ان النهي حقيقة ورد لمعنى في غير المنهي عنه اوجب دفعه ونسخه واذا كان المعنى في غيره حرم المباشرة لم يشرع
ثبات الاول الشيء في نفسه اخر والا اتبع وهذا لان البيع عقد تمليك المال بالمال فيتعلق الا في مال ويتعلق بالمال
كما ينعدم التمليك فيما لا حيلة له والحر ليس بمال وكذلك المال في الصلب والرحم فلا يجوز انعدام العقد اصلا وقال
النهي عن البيع وقت النداء يوم الجمعة فانه جاء لمعنى في غير البيع وهو الاشتغال عن السعي الى الصلاة بسبب البيع
اذا اشتغل به بالبيع كان حراما والاشتغال عن السعي غير البيع ولا يتصل به ولا يصير منه فهو المباشر

اول كتاب البيوع

اجمعنا

اول كتاب البيوع من شرح اصول الفقه

منع ولعله لم يقضه القاضي للأول بالقيمة ثم جنى ثانيا لزمه قيمة أخرى بالاجماع ولم يبد اخلا لان الدبر لا جناية توجب الضمان عليه
وانما يلزم ذلك المولى حكم منه الى دبر ان الدفع بالتدبير وان منع عبدا واحدا لا يضمن منه اكثر من قيمته والمكاتب يضمن بالجناية على الجزء بدل
الكتابة وان فرت تخصيص لتلك الكتابة فكان والتدبير داخل فامتنع تعيين المحل اذا كان يجب في الذمة لم يصلح عن الحل ولكنا اذا جنى العبد
توجب من بدل الفائت الا العبد نفسه ونفسه خارج عن الحقوق اذا امتنعت حق الوجوب ثم جنى ثم جنى بعد دفع الى جميعا ولم يستحق اشياء اخر وان
منتقل الى القيمة حكم امتناع الدفع والمكاتب بعد الامتناع وقع بعد المكاتبة لانه صار مدبرا بالكتابة وصار الموجود كالكتابة الحرية فامتنع جميعا
وجبت القيمة عليه كما يجب على المولى بالتدبير لانه امتنع بتدبيره وتقرر الاول ان الكاتب اذا رضي بالدفع دفع بخلاف المدبر ثم الامتناع بعد امتناع
امتناع لمات فان رضي بالدفع ثم زمن عبدا فسر عاد عبدا فاذا دفع بالجناية فلا يلزمه القيمة على الاصل ولا منتقل الحكم الى العبد بنفس الجناية وسيأتي حكم
الجناية متعلقا بالعين كما قبل الكتابة ما لم ينتقل الى القضاء فاذا جاء القضاء فقد انتقل وجب بالذمة فرجع العبد عن الجناية فاذا جاء ثانيا
انتقل فضمن ثانيا بالمنع كالمولى اذا اندر العبد ثم جنى قبل ذلك المحل هو الرقبة وهنا ضمانين لا يجب بالجنايات كلها الا العبد نفسه فاذا دفع
الى القاضي القيمة على انه جنى يجب بالمنع ثم منع الانسان وجبت قيمة واحدة كالمولى اذا باب المدبر ثانيا جنايات كثيرة فتعتبر بالجناية الاولى عليه
بالقيمة ثم جنى ثانيا بالمولى اذا اندر العبد لان الثاني لزمه بالجناية لا بالمنع وقد تكررت والمحل ثانيا فيعتبر بالعبد قبل الفتح ولان الرقبة مستوفاة
بالجناية الاولى على ما ذكرنا فلا تجب الجناية ثانيا ذلك المحل الاول فضمان لزمه ثم الكاتب يلزمه العبد بالمنع كالمولى يا مدبر ولم يمنع الا انه اذا
لجناية فلا يضمن الا قيمة واحدة لان الكاتب جان وبائع والمولى بائع يحض بالتدبير الجنايتين غير مانع واذا كان الكاتب يلزمه بعد تكرار
الجناية بالمنع اعتبر مولى المدبر واذا كان يلزمه الضمان بتكرار الجناية اعتبر بالحر منه ما ذكرنا في الكتاب الموضع عند الكاتب وعلى
الغصب انما تبا اذا قتل عبدا مشتركا وادار له غير المولى كان له ان يستوفي القصاص وقال زفر لا يستوفيه لا لوجوب وتركا بالاخرى لان
لا يستوفيه لشبهة انه مات بعد اسباب اختلاف الصحابة وتعارض الادلة وان ترجح جانب القتل فان الشبهة تبقى بالاخرى وان لم يكن الرجوع
اذا لم يكن قاسدا بنفسه ومن الشبهة فانه يثبت مسئلتنا من الا انا نقول الشبهة في ثبوت الحق للمولى مسئلتنا هذه انما انعدمت عند الاداء
فالحق للمولى واذا تركه واذا جاءت الشبهة لانه لا ثابت عبدا كان للمولى كان في الابن شبهة انه لا حق له وابدا اعلم كتاب الديات

كتاب الغصب

الغصب فصل في حكم الغصب جمع محمد الحسن بين الغصب والاتلاف وبدأ بالغصب لاحتياج الى معرفة حد الغصب
احكامه فصل في الغصب قال اصحابنا ان ابا الغصب يحدث امانة وقال الشافعي لا يكون امانة بل يكون مضمونا لانه زيادة حدثت من اصل مضمون عليه بالمنع فيكون
مضمونا قياسا على ما اصطاد ظبيا من الحرم فولدت او زادت في يده فانها تكون مضمونة بالاجماع وهذا لان ضمان الاصل لزم لاستيلاء
عليه من حيث انه ثابت بيد عليه لنفسه فيدخل حق المالك والزيادة لان اليد ثابتة بعينها على الزيادة لان الاصل واحد خاصة في الزيادة بالنماء
فلا يتصور تميز الاصل عن الزيادة في يد هذا حاصل الغصب في الثلاثة فانهم كانوا يقولون بانه يثبت الرد على سبيل الاستيلاء لانه
لا يجتمع البينة وكانوا يقولون هذا قد يلحقها في الشرع وابطال الملك والزام الضمان الذي لو تحقق ان الزيادة حصلت في يد الغاصب
على الاصل يد غصب فصارت مضمونة بالرد في يد غصب كالاصل ولا يد المالك زائلة عن الزيادة فيدل زوالها عن الاصل وان كانت سبب
غصب الاصل لانه تبع الاصل وازالة يد المالك بسبب الغصب موجب ضمان الاول ولان المال يضمن مرة بالازالة غصبا بالاتلاف ومرة بالازالة بالغصب
ثم الثالث موجب للضمان سواء كان بمباشرة الاتلاف او بالتسبب للتلف بانه لو لقد يكن خطر بالهلاك فكذلك ازالة اليد موجب الضمان سواء
كان بمباشرة الازالة بالاخذ من يده او بالتسبب للزوال بانه لو لقد يكن غصب الاصل وانما كان تقدير سبب طول الزيادة في يد الغاصب
للتلف لان البر قد يتلف الى قط ولا يبدأ السبب لا بدان يحصل الزيادة بالبذر وكذلك من جنس الفاعلة فتكون اصول البعد بالزيادة كما
في اصول النتاج وفي التجارة فصار اجتماعا الاصل سبب لحصول الزيادة في يد حقيقة لا غاية فكان استيلاء على المال لا تصور الا الاول
لنفسه فيدخل حق واذا وقعت الزيادة لها صار مستولي عليها بيد نفسه للزيادة وحدها الغصب والاتلاف لان الزيادة لم تكن في يده فلا يتصور

الا ان سبيل الزيادة سبيل الغصب ان يحدث في يد صاحبه بالغصب منه من الحدث في يد صاحبها والمنع سبب الضمان كالاتلاف
والمنع بعد الطلب والمنع بالوديعة والمستعار والمستأجر ولا يحتاج الى اثبات الاستيلاء على المال بيد يثبت حق المالك لا يحتاج الى
اثبات الزيادة لانه لا يمكن الا كما اذا ذاب الولد حاجة او منه بعد طلبه صار مضمونا عليه وان لم يوجد منه ازالة يد فكذلك في حق الولد
فنزل المنع منزلة الاتلاف بعد الحدوث في حق الضمان فكذلك ههنا ينزل المنع منزلة الحدوث في يد المالك منزلة ازالة اليد بعد الحدوث في يد
ولو حدث الولد في يد المالك فازالة الغاصب من يده ضمنه فكذلك اذا منعه من الحدوث في يده وجب ان يضمن ولا يلزم من جلس على الطريق
فهبت الريح بثوب فالقته في حجره فاحدث مضمونا لان الجالس على الطريق ليس بسبب الكسب الثوب شرعا ولا عادة ولم يضف اليد
حصول الثوب في يده بل الضيف الى الريح فلم يبق له صنع فلما هنا لما سلك الاصل سبب لتحصيل اليد على الزيادة فيضاف اليه
فصارت اليد ثابتة بصنعه وصنعه تعدى فاحدث يدا متعدية ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد ملكه لانه نصب الاخذ الصيد
الوقوع الى ذلك ولو نصب فسطاطا فتعلق به صيد لم يملكه لانه لا ينصب الاخذ الصيد لم يضف الوقوع الى فعله فلا يملكه بخلاف
الشبكة لو كان محرما او حلالا في الحرم ضمن مصيبا الشبكة دون الفسطاط فظاهر ذلك انه حدث بفعل منه لان الصنع انما وجد منه
فقد وجد سببا وانما كان لا يجاب الضمان وقال ان ضمان الغاصب مضمونة لان المستغير انما يثبت عليها اليد وان كانت يد المعير زائلة
برضاه وتسليمه وانما لم يكن المستعير متعديا فثبت ان يد الانسان متى ثبت على مال الغير بغير حق كانت موجبة للضمان هذا الكلام في
اليد الثابتة بغير حق فاما لو تنازعا في ملك الزيادة كان القول قول الغاصب لان يده ثابتة بيد نفسه لان الاصل بما في حق المالك
وقد ذكرنا ان اليد واحدة في حق الاصل والوصف الزائد لا تصور التجزي ونقول ايضا ان الاصل بما في حق لصاحبه مضمون لم يكن الملك
مستيقنا في الزوائد فكذلك الضمان وكذلك اذا غصب الام حاملا فولدت والنسب عليه ثابت والولد مغصوب بغصب الام لانه
غير امانة بالانفصال عن الاصل كالثوب نكسر وهذا قال ان من جلس على بساط الغير يعتقد الاستيلاء من الاستيلاء عليه
بقصد الاستيلاء جوازه بعلمه ولكن الصيد لا يملك الا باستيلاء وكذلك المشتري شراء فاسدا وكل من له ملك ضمن المشتري لمالكه لان
التخلي بقصد القبض استيلاء على المبيع فصار وجود النصب عندنا بدون حق ثبت على الاصل على سبيل الاستيلاء حال عدم يد المالك وجد
الاستيلاء ما ثبت له الملك لو رد على مباح فانه لا يملك الا بيد مستولية عليه والاستيلاء يتبدل بالقصد اذا كان سببا فان ناصب الشبكة صيد
مستولي على الصيد بالوضع نيرانه نفسه ولا يصير مستولي بالتناول فيسقط عليه لانه لم يقصده فلذلك النصب لا يملك الاصل المستولي
عليه على ما يتولد منه فيصير بالقصد اليد بها استيلاء على الزوائد منها واذا جاء ان ولدت بغير حق لم يقصد بها والدار الاستيلاء
تولد بالدار وتعلق به ما علل محمد الحسن قال من انه لم يصنع في الولد شيئا وقال زفر لانه لم يقصده والزيادة الاولى صنع موجب
للضمان لان الاتلاف في ضمان الغصب لان اصل الصنع موجود فيحصل الولد في يده فيضمان الاصل سببا حتى ضربه زوائد
ضمانه لم ولا يضمن الا بصنع منه وكذلك ما لم يترك ولد الولد ولا ما لم الا بتعدي ولكن صنع موجب للضمان لم يوجد فلا يجب الضمان
لان الحلال في ضمان بجرمانات من حق المالك في ماله لا ضمان عقد والاجراء فعل وصنع المال ان يعين المال له وقيمة ويدا والتوات بذات
اصله ملكا وعينا او بالتوات عن يد فصيرا كالتوات بنفسه معنى لان الانتفاع بالمال انما يكون باليد والبسر في مسئلتنا الا التوات عن يد
وانما على النصب ثبت ان الحلال في ضمان الغصب لا ضمان آخر وان احد الغصب الموجب للضمان استيلاء على المال بغير حق من يد المال
لذ يد صاحبه بالاخراج وهذا حقيقة ان يتصرف بدون عمل يكون في تبديل الحيازات بالتفويت والبسر في مسئلتنا اخراج لان الزوائد لم
يكن في يد المالك لا تصرف بنفس الحدوث لان التصرف عمل ليس في ذلك بانه يبقى له التمكن من الاخذ وبنفس الحدوث تزداد الاصل بالزوائد
لا ضمان يمكن المالك من الاخذ فاما ان سلك الاستيلاء فهو استيلاء ثبت بالمال بيد نفسه ابتداء بالاخراج كما ثبت في الشبكة وبالوضع
فيها لا يزول لكن المالك من الاخذ الشبكة والدار دون الشبكة في الاخراج وهذا لانه لا التوات المال الى يد ملكه تام لتصرفه والضمان

عند أبي حنيفة وقالا لا يبرأ لأن الكفالة في مصر توجب التسليم في مكان العقد كما في العقود التي توجب التسليم في مكان آخر غير المسمى فيه
بالعقد فلا يبرأ من الواجب كالسلم في الفيافي والغرب فلأن عاقدا أكفل بنفس رجل بألف لأبي فلان على أن يسلمه في ناحية أخرى لأن الصريح يتأخر
اطراده دليل كان واجبا في التسليم في ناحية الحمل في مصر كذا وكان بيان تسليم النفس في ناحية أخرى لأن الصريح يتأخر
دليل أن المقصود من الكفالة بالنفس إحضاره والمكفول به لمخاصمة وثبت عليه هذا بحجة الحجة لا يثبت في كل البلاد فكان تخصيص المصر شرطا
متبدأ أما تخصيص الموضع فلا لأن الحجة تقام عند القاضي ويمكن القاضي مكون واحد في المصر كله وأبو حنيفة يقول إن الأمصار كالمصر
واحد في حق هذا التسليم خاصة لأن دار الإسلام واحدة في أنه حكم أحدهما أو القضاء كذلك لا يعتبر بالأخرى إن في البلد
لو عزل القاضي الزيادة ثم سلم إليه وأجاز آخر لو أن القاضي نزل قضاء بلد آخر وسلم إليه لم يصح عندهما ثبت أن العبرة
للتسليم لا موضع تسليمه حكم الإسلام والأمصار كالمصر سواء في هذا الحكم لأنه يخلو عن القضاء والعبرة بجنس القضاء لا بعين مصر كان مصر الكفالة
أو كفالة الحجة لا يعتبر في بيان الشهود لو كانوا حضروا وقت الكفالة عند التسليم في ذلك المصر صح ولا يمكنه الإثبات بشهود وكذلك لو حضر الشهود
بلد آخر فسلم فيه لم يصح عندهما لأن الكفالة ثبت إيجابا لجميع الأحوال لا يمكن ضبطها وبناء الأحكام عليها لأنهم لو مات أو غيبوا منزلة
وإنما العبرة لموضع فيه كان دار الإسلام لا لكل عينه الجملة وإنما العبرة في مكان فيه قاض إذا كان عمارة الأمصار كمصر واحد لأن
الإجازة فإن العبرة في بيان المقدور عليه والمتابع فإنا نقول وجب بيانه أنه لا يمكن ذلك لم يجز منا وإن الأمصار لا تكبر وقد قلنا والمال
لا يمكن فيه وقد تبع بيانه ثبت أن ما سبق قول أبي حنيفة أنه سلم في موضع فلا يمكن الإشاع عنه موضع فيه من مستحق بحضر
كمن سواء في هذا الباب إلا أن يرى أنه أرسل إليه بأمصار وحبس لمن عليه لم يكن تسليما في هذا الباب وكذلك لو سلم في مصر آخر بإذن القاضي
سلطان لم يصح التسليم وإنما الاختلاف لأن التسليم الذي هو زيادة موثقة بالتعليل لو حيث هو تسليم بسبب الأمصار كالمصر
شيء؟ قلنا لأن سرنا أسبوت الأمصار كالمصر الذي ما مثل والله أعلم تم كتاب الكفالة بحمد الله وحسن توفيقه

كتاب المضاربة

في مال أصحاب المضاربة ينعقد لا بالشركة في العمل وأن مال الشركة المضاربة
رأس المال من جانب صاحبه والعمل من جانب العامل حيث قال إن كان بمنزلة الوكالة ومن حيث يستحق عمله بعض ما شرط له
الإجارة ومن حيث لا يستحق عوضا عن العمل حتى إذا لم يخرج شيئا لا يستحق شيئا ولكن يستحق على سبيل الغرم من عمله كما يستحق الغرم منزلة الشركة
كانت شركة فيها شبه بالعقد والإجارة وقال الشافعي هو عقد الشركة وليس فيها معنى الشركة وبعض الربح يكون على سبيل الجعالة على ما بينا
في كتاب الشركة وشبهه فإن في هذا نصيب الفقير من الربح هل يجب فيه الزكاة أم لا يجب كما يجب على رب المال لأنهما شريكان فيه
وعندنا يجب لأن رب المال لا يزرع ملكه إلا بعد الملك على رب المال باشتراطه جعله على العمل لا آخر لأنه لا يصح إلا بعد القبض وقد ذكرنا
وجه فلا يكون شريكا في الشركة مسألة إذا شرط رب المال للمضارب ثلث الربح صح عند أبي يوسف وقال محمد لا يصح لأن الشركة
تصح في اللغة قال الله تعالى فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث أبو يوسف يقول هو نصيب مشترك والشركة تقتضي نصيبا على سبيل الشيوع
مع الآخر إلا أن يقال لا آخر إنما شريك في هذا المال كان بينهما نصفين ولذلك إذا قال اشترك مع هذا العبد كان بينهما نصفين فكذا هنا
إذا كان رأس المال ألف درهم واشترى المضارب بها عبدين كل واحد يساوي ألفا لم يملك المضارب شيئا من العبدين حتى إذا بيعا
وكان في الربح من كل واحد منهما ألف ربح ألف فيكون النصف وذلك الربح كله واحد منهما ألا ترى أنه لو كان اشترى عبدا بألفين
له الربح كله لأن العبد لا ألا ترى لو اشترى بدرهمين بشاة كل واحد منهما ثمن الشاة كان له ربحها حتى إذا باع الربح رجل رسالة الربح صح ألا ترى أنه قال
إن هذه الربح والربح يتحقق إلا بعد حصول رأس المال وقد ثبت من مذهب أبي حنيفة أن العبدين اثنين لا يكونان جملة بل كل واحد يكون
منهما على حدة إذا لا يكون على أصله أن العبدين جملة بهذا بين المضارب بل كل عبد يعتبر بانفراده إذا اشترى عبدا لم يحصل شيء من رأس المال
بخلاف الزوجين لأنهما لا يكونان جملة وإذا اشترى جملة حصل البعض لأنه كذلك لو كان العبد واحدا ولكن مذهبهما أنهما يقولان إن العبد

بمنزلة أجناس مختلفة حكما إلا أن يرى أن في الصلاح في الجمع أو يراضوا على ذلك ولم يوجد المعنى الجامع بين مسألتنا هذه مسألة إذا
اقتسم الضارب ورب المال الربح ثم أراد رب المال للمضارب شيئا فإنه شرطه وهو قال أبو يوسف صح عند أبي يوسف وأعاد القسمة وعند محمد
الحط وسط الزيادة لأن الحط يكون عن رب المال لأنه هو المستحق عليه بشرطه ورأس المال هو المعقود عليه من جانبه وإنما يصح الحط والزيادة
منع للعامل والمعقود عليه من جانبه عمله والعمل إذا انتهى حقه كما عمل وانتهى حكما بقسمة الربح لأن الربح قائم مقام عمله لأنه فرعه وحكمه
فإذا ذهب العمل حكما وحقيقة صار المعقود عليه من جانبه فائتا فلا يصح الزيادة كالزيادة في الأجر إذا انتهت منفعة الإجارة لا يصح لفوات
المعقود عليه والحط عن الأجرة صحيح لأن محل الأجرة الذمة إذا كانت قائمة وهي قائمة والدليل على أن الربح يصير كالمال بالقسمة تخرج
من الفاضل بالقسمة كما يخرج رأس المال بالاسترداد ولو استرد رب المال رأس ماله ثم زاد أو نقص لم يصح فكذلك هذا في حق العامل وأبي
يوسف أن قيام المضاربة على رأس المال فإنه يبقى الإنسان لا يحضره غيره ثم يزيد وكذلك لو استرد رأس المال بطلت المضاربة وإن لم يقسم الربح
فالربح في هذا الباب تبع لما بقي رأس المال على حاله فالعقد بينهما قائم فصح الزيادة والحط كما قبل قسمة الربح ألا ترى أن الحط عن الثمن جائز
بعد ما قبض واستهلك لأن قيام العقد في جانب الثمن بالذمة لا بعينه قائم بحكمه فالحاجة قيام الذمة لصحة الإبراء ألا ترى أن الربح لو لم يقسم
ولكن هلك صحت الزيادة والحط وكان ما ذكره محمد قياس وهذا استحسان مسألة المضارب بالف درهم بالنصف إذا تصرف وربح
الثلث ثم اعطاه رب المال خمسمائة أخرى بالثلث على أن يعمل بها مع الخلط بالثلثين ثم هلك الألف والربح عند أبي يوسف وقال محمد يهلك
من الثلثين جميعا فالثلث فيه يكون للمضارب لأن الشرط في الثاني مجرد شرط لزيادة الأول على أنه لم يجعل زيادة في الأول فلم يلتحق بالأصل
بمنزلة أخرى كان رجلا آخر دفع إليه ألفا بالخلط ثم هلك الألف وأبو يوسف يقول إنه لو شرط مثل ما شرط في المرة الأولى كان الثاني زيادة
على الأول والمتحقق بالأول لأنه دفع من الابتداء الثاني وحسب به ربح الثلث ثم هلكت الألف فيكون الهالك من الربح وكذلك هذا الربح واحد
في الثلثين فالظاهر أنه أراد به تكثير رأس ماله وخلاف الشرط لا يبدل على منع ما قلنا لأنه جاز أن يدفع جملة الألف وحسابه مضاربة على الربح
الألف منها بالنصف والربح حسابه بالثلثين فيكون عقدا واحدا فكذا هذا مسألة إذا استأجر الرجل أجيرا بكل شهر بعشرة دراهم ليستخدمه
في حانوته ثم دفع إلى الأجير ألفا مضاربة فعمل الأجير بالنصف الحانوت والربح كان الربح لرب المال وله أجرة وكذلك لو دفع عبدا له إلى رجل
قال محمد لا أجر له شرطه من الربح إلا أن يعمل معه في غير المضاربة فيستحق بالأجر بحساب بينهما اتفاق أن الإجارة لا تبطل بالمضاربة إلا
عند لأن المضارب شريك وليست بأجير لأنه لا يرتفع إلا بالإقالة فليس بالأمر حكما لكنه لا يرتفع الوكالة ولكن محمد يقول إن الأول في الضارب غير الوكيل
الذي دخل تحت الإجارة لأنه يستحق هذا العمل الشركة في الربح إن وجد إذا انفرد وبذلك الأجر لو لم يكن إذا وجد بالحكم لم يعرف فيه بالتغيير إذا
ما دخلت الإجارة بعد الإجارة بعد الخروج من الحانوت ولم يعمل معه شريكا استأجره وعملت الشركة فإنه لا يستحق الأجر بالإجارة الأولى
في غير الشركة فيستحق بقدره وأبو يوسف يقول عمل المضارب والأجير واحد بدليل أن كل واحد منهما يعمل للآمر فإن ذلك المال
ويكون الربح على الآمر بحسبه والمالك فإن لم يطلب من العمل من حيث أن أحدهما يطلب به الأجرة في الذمة والآخر شريكه في الربح الذي يحصل
كما لا فرق بينهما في أصل الفائدة إذا كان هذا العمل في ذلك سواء والإجارة إذا وقع العمل في جهتها لا يؤثر والشيء مستحق عليه بذلك العمل
فلا يغير مقصوده ونيته على ما يصرف في صوم رمضان وغيره بخلاف العمل على سبيل الشركة لا يغير على الإجارة لأن عمل الإجارة يحصل للآمر
وهذا يقع على الشركة بينهما ألا ترى أن الشركة إن فسدت لا يستحق بذلك العمل أجرة المضاربة إذا فسدت وإنما يستحق الأجرة وأبو حنيفة
في كتاب المضاربة كتاب المزارعة قال أبو حنيفة المزارعة والمعاملة باطلتان وقال أبو يوسف ومحمد صحيحتان
وقال الشافعي في القديم يجوز المزارعة فاسدة إلا أن يكون تبعا للمساقاة وقال أبو حنيفة [illegible] المزارعة
مثل الإجارة وقال محمد الحسن في كتابه والشافعي يوجبه لأن المزارعة والمعاملة في الحقيقة إجارة للعامل بجزء من غلة
الأرض بعض ما يخرج من عمل العامل إذا كان الذي من قبل العامل والإجارة مثل هذا فاسد لأن الأجرة معدومة ومجهولة وكل واحد

[illegible]

[illegible]

كتاب الوقف

[illegible]

الوقف صحة بلفظ الصدقة اما التسمية واما انصافها وانما الصدقة بالقبض ولقائل ان الصدقة الخاصة لم يجعل فيها هذا اختلاف
صح الجمع عليه الا بالقبض لهذا الاول وكذلك السجدة على اصله لانه لا يتم الا بالتسليم وذلك لعلوه به وانتفاء بالذبح والسقاية بالشرب
بخلاف الاعتاق لان الاوبان في يد نفسه ومستحق عتقه فالاطلاق الرقبة الاستحقاق لم يصح الى ابداء فرق ولا كذلك الوقف فانها
لا تصلح مستحقة بالاجماع فلم يكن بد من ايد مستحقة لتخلف الاول بقي محفوظة بالعباد كما خلقت على اول وجه حادث ولا يرد
ان هذه الصدقة الابد بالابطال دون التملك لان الصدقة الخاصة واستثناء الطلاق والعتاق والابراء عن الدين وغيرها
كانت شرطا لتمام عقد التملك ولم يجز فيها الاسقاط عليه بل وجب الرد الى الاسقاط فاما قوله ان الاموال لا تبقى محفوظة الا بايدي
البشر فصحيح ولكن لم يفرغ عنه هذا فانه لا يتم مفرضا لانه قال متوقف وقت ان من منع نصه صدقة عمر النبي عليه السلام لم يأمر بالتسليم الى الذي
لكن بحبس الحبيسة وجعلها متولية فالظاهر ان النبي عليه السلام كان يعلم ذلك وعن ابن عباس اذا اعطى الصدقة جازت ولم يجوز الا الوقف
وشبهه بجواز الابراء الذي يأتي الوقف بانه الصدقة والشرع لم يجعل هذا اللفظ عاملا الا بالقبض والجواب عنه ثم اذا وجد التملك ذلك
فانما الابطال وفي الا اذا تصدق بالدين على غريمه او وهبه فيصل الحكم فاما ابو حنيفة حكم الوقف حبس الملك على الواقف وسل
بالمنع وقال ابو يوسف ومحمد وعامة مشايخ الوقف ابطال ملك الاصل والحبس فيه على ما مر وصرف المنفعة الى وجوه القرب المعلومة فاما
ان نفي قول الاول لم يصر ملكا للموقوف عليه لانه صدقة عليه لكن بشرط ان لا يباع ولا يوهب ولا يورث وكذا ما روي ان النبي عليه السلام
قال لعمر حبس اصله وسبل ثمرته ولان الاصل لو صار ملكا للموقوف عليه لما صح شرط كان الصدقة الخاصة وكيف يصح والتمليك بعد ذلك
يخرج على ملك المتصدق عليه وكيف يصح شرط ملكه فاما الشرط في ملك الله تعالى فيصح على سبيل الحكاية عن الله تعالى ولان الوقف بالاصل
الا المسجد ولم يصح الا باطلاق ملكا عنه من كل وجه بحيث لا يملك ولا يملك ولا يوقف على انه بالجبار ملكه ايام فقد روي عن ابي يوسف انه قال الوقف
صحيح بالشرط صحيح وبالاطلاق الزوال فقد اوقف الوقف بالقول بالشرط بالقول وقال ابو يوسف في قوله الشرط الوقف جائز والشرط باطل الصحيح
مثل ان الاقالة تجاذبت في الوقف بان لا يباع ولا يوهب ولا يورث ابدا وشرط الخيار ساقط هذا الوضع ولا يقال ما بالشرط يبطل لان
شروط الواقف معتبرة في مصارف الغلة في اصل الوقف اول بخلاف المسجد فانه صحيح وشرط الشرط لان شرطه لا يصح فيمن يقبل فيه وجه
ما ذهب ابو يوسف بن خالد ان الوقت مما لا يحتمل الفسخ بعد صحته فلا يقبل الخيار والاستثناء كالنكاح والطلاق والصلح عن دم العمد واخراج الاول
الا لا يبطل لان هذا اسقاط لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والمسجد وكذلك اذا اعتبر بالصدقة الخاصة يبطل الشرط ويصح الصدقة واحتج الشيخ ابو
جعفر الهندواني ان الوقف مما يحتمل الفسخ بعد صحته فيقبل الخيار وفيما شاء البيع والرهن والابراء عن الدين فانه يرتد برد الغريم والفاسد
الوقف يحتمل الفسخ لانه يفسخ بحق الشفيع اذا كان المشتري دارا لو تبنا وكذلك المريض اذا وقف اعلى ثلث صح ثم يبطل بحق الغرماء فلا يلحق
وما ذكر من العقود فانها لا يحتمل الفسخ اصلا والنكاح لا يحتمل الفسخ الا بحكم الطلاق وقوله الطلاق الواقع فاما بعد
الصفاء فلم الواقع فلا يحتمله فانا بينا ان موضعه ولكن قال ان الوقف انما يبطل بالشرط والاية التي تمنع الفسخ الحاكم كذلك المسجد
يبطل بالشرط قال الفقيه ابو جعفر وهكذا على مذهب محمد الوقف صحيح والشرط باطل وانما قولنا وجوه اعتبر بالصدقة الخاصة لم يلزم بالاطلاق
والان الخيار ليزول والمنع الواقف ولم يعتبر عن نفسه وان لا يتصور في الذبائح قال الفقيه ابو جعفر واذا كان الخيار محمد لا يصح الوقف
ويبطل الشرط فقول ابي يوسف والفرق بين المسئلتين مع فان العقد لو كان يقبله اوجه آخر لان يوسف ان النكاح والطلاق والعتاق
جهة واحدة ومن الاجنبية وتنقطع مع الرضا والكره فكذلك مع استثناء الخيار فيما استثنى لم يقبل اعتبارا بالكره فكذلك مع الوقف فلا يصح
الكره فكذلك مع الخيار وكذلك لا يصح مع الشرط ولا يجب ان مع الفرق بين الخيار والعلم والجهل كالبيع سواء ان لا يلزم الا اذا كان جاهلا
العلوم فاما مع الجهل فيستثنى الوقف فاما قال في الاصل المسجد الكافي وغيره لا يصح الا ان يقول ورثنا الوقف عند ابي يوسف وقال محمد يصح
صحيحا والرواية عن المسجد وقال محمد لان ابطال الملك عن الارض لا يجوز للنسخة فانما خلقت لتكون القربة كانت وقلت بها لكون لنا

ناقوا وقفنا ان سرعة الصلاة بدليل الوقف كما لا يشترط ذلك في وقف القربة واما ابو يوسف فانه يقول بان الوقف فانه لا يصح على طريق
ابطال ملكه عن الجهة لوجه فانه لا يتم الا بالاطلاق وقد صار مالا وجه لم يحتمل النقض كالابراء لانه لا يتم بالقبول والعتق والطلاق وجميع ما
والقربة كانت شروطا لصحة الاسقاط وما يعتبر شرطا لصحة القرب لا يشترط لبقائه ولا يعتبر ولا يجوز ان يقال ان الكعبة متملكة وقد
يجوز ان الكعبة لا تخرج عن ملك القربة فانها قبلة الصلوة للمسلمين الاسلام باق الى يوم القيمة واذا لم يجز متعاقبا بالاجماع
وانه يوسف يقول ان المسجد سبق موضع الصلوة وموضعا شاعا بصحة الاعتكاف وان اعرض الناس عن الصلوة فيه الكعبة وتتابع
الناس الى الصلوة اليها فعلا ولكن كونها قبلة لا يتبدل ولا يحتمل النسخ بعد النبي فاما ابو يوسف فيما سوى ومالك محمد اسحاق والله
اعلم مسئلة اذا وقف على ابيه ان صحة بارض اخرى فكون اتفاقا كان الاول صح الوقف والشرط في قول ابي يوسف وهلال
وانه قول ابو يوسف خالد الوقف جائز والشرط باطل كالعزل انه سبب بالصدقة المملوكة وقال بعضهم الوقف باطل لان شرطه الشرط
ومن استثنى منه لم يثبت الاول لا يصير ملكا لمشتريه وانه هذا اذا وقف منه لانه لا يكون ملكا بعود النهر لعود اليه بخلاف ما
شهد الرجل بملك ارض موقوفة وقضى بها ثم رجعا فانهما يضمنان قيمة الارض ويشتريها ارض فيصرف الى جهات الاول لان الاول
موقوفة كذلك لا يعود الى القضاء ولم يملك بالقضاء حتى لو اقر الاول بالوقف استردت منه وكان بمنزلة المدبر اذا قضى غصبه وقيل فاما ملك
المدبر ولان شرط الوقف الى نوع الانتفاع بالرقبة وجه ما ذهب اليه ابو يوسف ان هذا الشرط لا يمنع ابطال الوقف على ما قاله
وانه الكعبة استبدال الارض الوقف بالاصلح واستبدال الارض فيخرجه فيه على الاول الوقف فيخرجه فيه فيكون اصلحا بالاستبدال
باخذ وانه باب متعارف من مستغل الارض حق فساد هذا الشرط استثناء وعمارة واحياء للارض الموقوفة لا ابطالا وانما هذا المسئلة
ان يقال لما جاز بغير شرط جاز بشرطه فيه هذا الارض الى الحاجة بدل الاول جاز بمثله بغير شرط لا يجاز بشرط ما يجيء ابو يوسف شرط ابو حنيفة
الصفة والجواب عن قولهم ان هذا ابطال للوقف عن الاول انه لا يقع اخبارا على ما بينا لكن على سبيل الحوالة الى آخر كالبيع او المزارعة
مسلمة عندنا فيدفع به قبل قبض الاول فان الثاني يصير متبعا وهو جائز لا يعتبر على سبيل الحوالة وبدل الصدقة ولا يجوز الاستبدال به ويجوز
استبدال ذلك فيما قوي على سبيل الحوالة والله اعلم ثم الكتابة الوقف كتاب الوصايا مبتدأ قبل الوصايا الا فقط
فيما يتعلق بالمرض المبتدأ وهي الاب اول من جاء الاب خلافا لبعض الناس ثم يقولون الجد اولى لان الجد بل بولاية الابوة بدلالة
ان الولاية تثبت له بلا تولية كالاب ليكون اولى من الوصي الذي لا يزيد الا الاول ابا اول منه النكاح لان الاول ولاية الشرف
تثبت على كمال الرأي والشفقة حتى لا يثبت للام لعجزها ولا للاخ لعجزه وشفقته وهذا المعنى فيه بين المقامات الخفية التي لا يتبدل
الا بكمال الرأي والحادثات الخفية التي لا تؤمن وقوعها فيعتبر الاكمال الشفقة والاب هو الاصل والجد وجد الشفقة يكثر
فيعتبر بخيار الاب اولى لانه لو لم يعلم يتبرع على الجريمة اذا الامانة والبعد عن الخيانة لما قال ابو يوسف ولي الاب يعتبر الخيار الاب
لو كان الجد اولى فيعتبر الجد مجبرا كان باب يستفيد بخلاف النكاح لان الايصاء ترك الاصلاح ولم يكن في اصلاح الاب خلافا لما لم يكن
لا يلزم الخيانة لتصور شفقته ولتبين الايصاء النكاح فانه يثبت للاخ الى الاب على الصغير بعد الاب لا يتقدم الخيار الاب عليه لكونه
آمنا واذا لم يتقدم خيار الاخ هذا الاول لم يكن ابدا كما يقول الى الخيار فيه بخيار الشرع اول فيما يلي الصبي والاخ اول منه
بالنكاح بالاب الوصي والاب الوصي والاب الوصي عند ابي حنيفة لا يملك الوصي الا بالاب والمشتري من الاب لا يملك ولا يملك
الا اذا قبضه لا يملك الوكيل بالشراء الا بالقبض ولا يملك الوصي الا بالقبض ولا يملك الوكيل بالشراء الا بالقبض
الا ان يتولى ما يتقدم الاب والوصي الا بالاب والوصي لا يملك الا بالقبض ولا يملك الوكيل بالشراء الا بالقبض
ستر رضي الوكيل لا يملك الا بالقبض ولا يملك الا بالقبض ولا يملك الا بالقبض ولا يملك الا بالقبض
والاشارة ابتداء الاصل يكون كل سنة اذا اضاف الى ما بعد الموت وفي حالة الاطلاق والثانية جائزة لم يصح بتاريخ من الوصية يبطل

كتاب الوصايا

آخر كتاب الوقف من نسخة سراي أحمد الثالث

بعد موت امرأته كرامة له كالرمل نساؤه لاحد بعده كرامة له وهذا كما قال النبي عليه السلام كل نسب
وسبب ينقطع الا نسبي وسببي كرامة له وجواب لهم وهو انه عمل ان النبي صلى الله عليه وسلم قاله
تطييبا لقلبها بما قسم لانه كان يحل له ذلك فيها لانه عليه السلام علقه بشرط لا يتأتى وهو موتها
قبله ويحتمل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عرف ذلك من طريق الوحي والتعليق بشرط لا يكون نفي
ويعبر بالعجاب لجواهرا كما اخبر الله تعالى عن ابراهيم عليه السلام بل فعله كبيرهم هذا الى قوله ان كانوا
ينطقون لم يكن فعله ولم يكن كذبا لانه علقه بشرط لا يكون فلم يكن اخبارا وقال الله تعالى عسى ربه ان
طلقكن ان يبدله ازواجا خيرا منكن ولم يكن في الامة تأخير منهن يحللن له لان الله تعالى قاله تخويفا
اياهن لا تحقيقا لانه علق بشرط ان طلقكن ان يبدله ازواجا خيرا منكن وقد كان الله تعالى علم انه لا يطلقهن
واخبر رسوله عليه السلام بقوله لا تحل لك النساء من بعد ولا ان تبدل بهن من ازواج واما حديث فاطمة
رضي الله عنها فقد روي انها غسلت نفسها وكانت علمت بالوقت بخبر النبي عليه السلام اياها واجزاها ذلك
الغسل كرامة لها ويحتمل مثل امر الغسل فالسبب يسمى مباشرا او غسلها منا ولا لقوله عليه السلام كل سبب
ونسب ينقطع الا نسبي وسببي فانه كان من نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم واما الجواب عن فصل العدة
انه لا رجعة فيها لان الزوج غائب بالموت فاشبه الغائب بالمكان ولان العدة متى وجبت مع اختلاف الدين
وجبت مع قيام النكاح ولا رجعة فيها مع قيام الاختلاف ولان الرجعة لاعادة ملك المتعة والمنع عن انقطاع
النكاح وملك المتعة منقطعة هاهنا للزوج لانه لا يصلح لها والمنع عن البينونة بجعلها معلقة ولهذا
السبب وجبت العدة لتبين لان للملك ما بقي مضافا الى الميت الا بقدر الحاجة وهو الغسل وفيما عداه
لا يبقى الاضافة كما اذا اوصى بعتق عبد يبقى حكم ملكه اذا اعتق فلا يظهر فيما عداه لان حاجته
في العتق لا تزيد عن قوله الرجل بالموت يصير محرما التمتع ان الحرمة تعتبر في جانب المرأة فانها المحل لملك
النكاح على ما مر والصفة التي يصلح المحل قابلا للملك تعتبر في المحل دون المالك والله سبحانه اعلم

كتاب الكفالة

قال علماؤنا رحمهم الله الكفالة بالنفس سواء اعني مالا او قصاصا
او حدا قذف وكذلك بالاعيان المضمونة او المضمونة ردها كالعواري وعين اجرة ولو بسلمه جائزة
وقال الشافعي الكفالة بالنفس باطلة واما العين المغصوبة فمنهم من قال يجوز ومنهم من قال لا يجوز
وهو الاقيس على مذهبه واما منا شرح رحمه الله وهذا لان الاصل عنده والله اعلم ان الكفالة
لاقامة الكفيل مقامه في التزام اصل المضمون على سبيل الضم اليه دون التحويل ولا خلاف في اعتبار
الضم لان الكفيل في اللغة الضم والدليل على انه مضموم الى الاصل في التزام الضمان انه مطالب به مثل الاصل
وانه يصلح حاصلا من صنوفا الاموال او ادى مكان الجياد زيوفا رجع على الاصيل باصل الواجب لانه
صار كفيلا في التزام الاصل والاصيل لو ادى غير الواجب او بدلا عنه بملك اصل الواجب ويصير له وكذلك
الكفيل اذا صار الاصل له رجع به عليه اذا كان بامره وصحت الكفالة في حقه لولاه لما جاز وما ملك لان
فيه تمليك الدين من غير رضى من عليه الدين وهذا لا يجوز ولا يقال انه يرجع بحكم الاداء عنه لانه لو كان كذلك
لرجع بنفس الادي كما لو قال لغيره قض عني دينا فقضى زيوفا رجع بذلك وكذلك لو صالح عنه لو رجع باصل
الدين الا ان الامر ذلك ثبت انه يرجع بحكم انتقال ما عليه وهذا لان الكفالة اقراض ما وقع القضاء

به ثم الدين يتعلق بغير ما اقرضه المأمور بالقضاء وكذلك هاهنا يتعلق بالذمة وكذلك صاحب المال
لو وهب الكفيل ما كفل به لرجع به على الاصيل ولو لم يصر عليه الدين لما ملك كما قبل الكفالة ولما لم يرجع
اذا كفل فضاع او ادى لو يرجع على الاصيل لانه في حقه غير كفيل ولا مؤد لانه لو يأتي به بذلك فلا ينفذ
فعله عليه فصار في حقه كانه ادى بلا كفالة والمؤدي بلا كفالة في حقه كان الدين سقط عنه بلا ادا
على ما عرف في موضعه واذا ثبت ان الكفالة لضم الكفيل الى الاصيل في التزام اصل المضمون صح بالدين
لان محلها الذمم فيمكن ضم الذمة الى الذمة في التزام الدين كما امكن النقل من ذمة الى ذمة بالحوالة فاما
الاعيان المضمونة فلا تكون الذمم محل لبقاء المضمون فانه عين قائم بين اوصافه فلا يتصور ثبوته في الذمة
ولا ان يصير فيها الا بعد الهلاك وقيام الدين في الذمة مقامه واذا لم يكن المضمون في نفسه مما يجوز
ثبوته في الذمة لم يثبت على ذمة الكفيل بعقد الكفالة وانما يثبت عليه كما في الاصيل واذا لم يثبت الاصل
في الاعيان على الكفيل بعقد الكفالة لم يصر التسليم مضمونا عليه لانه بناء على الاصل كالبيع الذي لا يوجب
للمشتري ملك الاصل بوجه فانه لا يوجب له ملك التصرف وكذلك اذا لم يزل عن البائع ملك الاصل لم
يزل عنه ملك التصرف فان ملك التصرف يحيي الملك مبني على ملك الاصل والمطالبة بتسليم المضمون كذلك
مبني على اصل المضمون ويدل عليه اذا كفل بشرط براءة الاصيل صار عليه اصل الدين بلفظ اتقاله وهو
موجودة هاهنا انما زاد فيها براءة الاصيل فلا تثبت في مسألتنا هذه البراءة قال ويدل عليه ما ذهبنا
اليه وفي مسألتنا ان لا كفيل بالدين انما يلزمه الادا من مال نفسه بل التزام احضار الاصيل ليؤدي
كما في الكفالة بالنفس والاعيان او نقول ان الكفالة تنعقد للادا الاحالة فانه يطالب به بالاجماع
واذا مات المكفول بنفسه بطلت الكفالة بالاجماع لوقوع العجز عن التسليم واذا قارن العجز العقد
منع من الصحة كبيع ما لا يمكنه تسليمه واذا كفل بنفس رجل لم يعد رد على تسليمه لانه لا ولاية له على
المكفول عنه خاصة اذا كفل بغير امره خصوصا اذا كان غائبا وكذلك بامره لان الامر لا يطلق له ولا
عليه الا ترى اذا كفل عن مديونه بامره لم يثبت له ولاية على ماله حتى اذا طولب بالادا لزمه الادا من ماله
نفسه ولم يكن له الادا من مال الامر ولا كان له حق الاخذ منه ما لم يؤد واذا ادى طالبه بالادا حينئذ
وكذلك في الاعيان لما لم تثبت ولاية على ما في يدي الاصيل بالقبالة بقي عاجزا عن التسليم فلم يصح
كالكفالة بمحولة باعيانها استأجر رجل فكفل عنه بها رجل للمستأجر فانه لا يصح لهذين المعنيين الا ترى
لو كانت المحولة بغير اعيانها صحت الكفالة لانه يقدر على الادا من عند نفسه اذا لم يكن باعيانها حتى
قلنا اذا كفل بنفس رجل بغير امره ثم سأل القاضي بحضرته توجه اليه لانه متبرع بحضار الاصيل وتحمله
طريقان احدهما من جانب المضمون والآخر من جانب الادا وكلاهما معتبران باجماع الى الفقيه وابا علي
رحمهم الله فانهم ذهبوا الى ان الكفالة لالتزام المطالبة دون المطالب به والدليل عليه ان الدين
واحد لصاحب الحق وبالكفالة لم يصر دينين ولا صار حق المطالب اثنين بعدما كان الثابت انما يأتي الف
واحدة وهي ثابتة على الاصيل بالاجماع فلا يكون ثابتا على الكفيل لان الحق الواحد لا يتصور ثبوته
مكانين حقيقة في حالة واحدة الا ترى ان الحوالة لما اوجبت التحويل برئ الاصيل واعتبر صيرورة

[illegible] بغير إذن صاحبه ولا تنفذ الصدقة فصار النفاذ خلافا من القياس لأن تمام
النظر منه [illegible] ما نزد النظر عليه الدار والله أعلم مسئلة من أصاب كنزا بأرض هلية في دار
[illegible] أو أرض كان الكنز لمن وجده إذا أراد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف رحمه الله هو للواجد وهذا بناء على ما يخرج خمسه إلى أهله لأبي يوسف أن الكنز يملك
[illegible] بالإجماع بدلالة أنه لا يرد على الغانمين ولا يملك بقسمة الإمام ولأنه يقسم
[illegible] الكنز يجوز فلا ينفذ ولأن الإمام إنما يقسم ما ملكه الغانمون [illegible] غير
[illegible] لم يملك بتملك الإمام ركاز لا يملكه المشتري من المحيط له
[illegible] مباحا على ملك الكفرة فيملكه الواجد كما لو أصابه في أرض موات ولنا أنه
[illegible] الغنيمة وقعت في عهد علي رضي الله عنه فقال للواجد إن أصبته في أرض يؤدي
[illegible] الخراج ثم أوسل به منك وإن وجدته في خربة عادية فخمسه لنا وأربعة أخماسه
[illegible] وبهذا نقول عن ذا المعنى فيه أن المحيط له ملك الكنز فلا ينتقل عنه
[illegible] جديد كما لو كنز بنفسه ولأن أبا يوسف وافقنا أنه لا يملك بالشراء والدليل على ملك
المحيط له أن البقعة صفت له مستغنمة بالقسمة لأنها للغانمين ولا تمليك مبتدأ ولما صفت
له البقعة بالإحياء ملك ما فيها حكم الإصابة على الخصوص كمن اصطاد سمكة في بطنها
درة ملكها بما فيها لأنه ملك بالإصابة ملكا خاصا وبمثله لو باعها لم يملك المشتري الدرة
وكذلك المحيط له لا يملك لأنه يملك بالإصابة لا بالقسمة إلا أن الملك قبل القسمة كان عاما
فلم يستبطن الباطن لأنه ضعيف على العموم فإذا انقطعت الشركة بالقسمة وصار خاصا قوي فيستبطن
كذلك السمكة بالاصطياد والله أعلم كتاب الغصب

جمع تمهيد الحسن رحمه الله بين الغصب والإتلاف وبدأ بالغصب فيحتاج إلى معرفة حد الغصب وشرطه
وحكمه فنفصل حد الغصب قال علماؤنا رحمهم الله زوائد الغصب تحدث أمانة وقال الشافعي رحمه
الله مضمونة لأنها زيادة حدثت من أصل مضمون عليه بالتعدي فيحدث مضمونة قياسا على ما إذا
اصطاد ظبية في الحرم فولدت وازدادت في يديه فإنها تحدث مضمونة بالإجماع وهذا لأن ضمان
الأصل لزمه الاستيلاء عليه من حيث إثبات يده عليه لنفسه بغير حق وهذه اليد ثابتة بعينها
على الزيادة لأن اليد في حق الأصل والزيادة واحد خصوصا في الزيادة المتصلة فإنه لا يتصور
تمييز الوصف عن الأصل في حق اليد وهذا حد الغصب في اللغة فإنهم كانوا يتملكون بإثبات اليد
على المال على سبيل الاستيلاء والقهر كما يحصل في الصيد وكانوا يسمون هذا الأخذ غصبا في الشرع
وأبطل الملك به وألزم الضمان على أخذ الزيادة متصلة في يد الغاصب ويد على الأصل يد غصب
فصارت مغصوبة بالوقوع في يد غصب كالأصل ولأن يد المالك زائلة عن الزيادة مثل زوائدها
عن الأصل وإنما زالت بسبب غصب الأصل وإنما تتبع الأصل وإزالة يد المالك بسبب الغصب يوجب
ضمان الإتلاف لأن المال مرة يضمن بإزالة عينه بالإتلاف ومرة بإزالة اليد بالغصب ثم الإتلاف
يوجب الضمان سواء كان بمباشرة الإتلاف أو التسبب للتلف بها وتعدد غصب الأمر إمساكها تعدد سبب

لحصول الزوائد في يده أشد من حصول السبب للإتلاف لأن الإيدي قد تتلف الشاة فلا يضمنه ولا وهذا
السبب لا يوجد لحصول الزيادة في يده وكذلك من حيث العادة فإن مثل الأموال لا تحصل الزوائد كما يكون
من أهل السوائم وكذلك من الصغار أضرار إمساك الأصل بسبب حصول الزيادة في يده التي على الأمر
حقيقة وعادة وهي يد الاستيلاء على المال لنفسه وبغير حق فإذا دخلت الزيادة فيها صارت مستولية
عليها بيد نفسه بغير حق وهو حد الغصب ولا يقال إن الزيادة لم تكن في يد صاحبها ولا مقصود
الإزالة لأن سبيل الزيادة قبل الغصب أن تحدث في يد صاحبها وبالغصب منع منها والمنع سبب الضمان
كالغصب كما لو منع بعد الطلب وكما لو باع الولد وسلم أو استخدمه ولأنا نحتاج إلى إثبات الاستيلاء
على المال بغير حق حال عدم يد المالك فلا نحتاج إلى إثبات يد المالك ولا يلزم من جلس على الطريق فنفت
الريح بثوب فألقته في حجره فإنه لا يحصل مضمونا لأن الجالس على الطريق ليس بسبب لكسب الثوب
شرعا ولا عادة فلم يصف إليه حصول الثوب في يده بل أضيف إلى الريح فلم يثبت له منع فلم يضمن فأما هنا
فإمساك الأصل سبب لتحصيل اليد في الزيادة فيضاف إليه فصارت اليد ثابتة بصنعه وصنعه تعد
فصارت يدا متعدية وهذا كمن نصب شبكة فتعلق بها صيد يملكه لأنها نصبت لأخذ الصيد فأضيف
الوقوع إلى فعله فيملك ولو نصب فسطاطا فتعلق به صيد لم يملكه لأنه لا ينصب لأخذ الصيد فلم
يضف التعلق إلى فعله فلا يملك بغير صنع وكذلك لو كان محرما ضمن بنصب الشبكة دون الفسطاط
يبطل قولكم إنه حدث بغير صنع منه لأن الصنع إن كان عدوانا فقد وجد تسبيبا وإنه كاف لإيجاب
الضمان له وقد قال الشافعي رحمه الله إن الغاصب مضمونة لأن المستعير ثبت عليها لنفسه اليد بغير حق
لا استحقاق له على المعير في إثبات ملك اليد إن كانت يد المعير زائلة برضاه وتسليمه ولم يكن التسليم
متعديا فثبت أن يد الإنسان متى ثبتت على مال الغير لنفسه كانت موجبة للضمان عند الشافعي رحمه الله
واليد ثابتة بما نحن فيه فإنا لو تنازعنا في ملك الزيادة كان القول قول الغاصب لأنها في يده وهي يد
لنفسه لأن الغاصب ليس بحافظ على رب المال ولما ذكرنا أن اليد واحدة في حق الأصل والوصف الزائد
لا يتجزأ ويقول أيضا إن الأصل مملوك لصاحبه مضمون له ثم الملك يسري إلى الزوائد وكذلك الضمان
وكذلك إذا غصب الأم حاملا فقد ورد الغصب ولا يصير إنابة لانفصال عن الأصل كالولد ثم تكبره
ولهذا قال الشافعي فيمن بطر على بساط الغير بقصد الاستيلاء ضمن لأنه أثبت اليد عليه بقصد الاستيلاء
حتى إنه بمثله يملك الصيد فإنه لا يملك إلا بالاستيلاء وكذلك إذا اشترى شيئا وبطلا به فهلك ثم استحق
ضمن المشتري المالك لأن التخلي بقصد القبض استيلاء على المبيع فصار حد الغصب عند يد بغير
حق ثبتت على المال على سبيل الاستيلاء حال عدم يد الملك وحد الاستيلاء على ما يثبت به الملك ولو
ورد على مباح فإنه لا يملك إلا بيد مستولية عليه والاستيلاء يتبدل بالقصد إذا كان مسببا فإن
ناصب الشبكة يصير مستوليا على الصيد بالوقوع فيها لأنه قصده ولا يصير مستوليا على الصيد
بالوقوع بالمعلق بفسطاطه لأنه لم يقصده وكذلك الغاصب لا يملك الأصل لا مستوليا عليه
وعلى ما يتولد منه فيصير بالقصد إليه يدا استيلاء على الزوائد منها وإذا دخل داره وللمالك يضمن
لأنه لم يقصد بدخول الدار الاستيلاء على الولد بالباب [illegible]

باع مولى سالم الله تعالى بالانتقال في اذا باع الجلد بجراب او شيء يكون للبدلة لم يكره وكان الخبث في صرف المال
الشرع للنفقة في جهة التمول كما انه اذا صار مربوطا لم يكره لا لعين الصور بل اصرفه الوقت الذي امره الشرع انما
فيه مقاصد تعالى الى الصور ولا يجوز ان يقال بان الملك يزول من الشاة وانما يأكله بانا جاء الله تعالى ان البائع لما اكل
من غير ملك لا يورث عنه وانما يجوز بيعه ولان اسقاط الملك من غير فائدة يثبت بشرط السقوط بخلاف الواحد مشروع
قربة فان العتاق لما كان اسقاطا كان قربة لثبوت القربة للعبد بعد ذلك وهي نعمة جليلة وفي الاطعام شبع
العبد وفي التسجيد ضرورة المكان موضع فيتعدد وطلب القرب وفي الوقف ودور العلة على شرط الواقف
منفعة للمشروط له وقربة له ولهذا في ابطال ملك الاضحية فان بيعه تبقى على البطلان مخصوصا
بالبطلان لا يخرج عن بعض التصرفات فاما الاكل فكان محل حكم الملك كما حل الآن ولا يحل لغيره
الان الاباحة كما قبل ذلك فلم يجز ان يكون قربة بل هذا علامة العقوبات من نحو القطع والقيد وسائر
الحدود التي شرعت مضارا وزواجر عن اسبابها لا لفوائد تحصل لها في المستقبل من انفسها ولان اباحة الناس
لو كان حكم الضرورة هو تعالى لا يستوي فيه العبيد كالمسجد فثبت ان اداء القربة لو يقع بغير الشاة بل باراقة
الدم لا غير فبقي الحكم فيما وراء الدم على ما وقع الاضحية والرجوع فيها لا يغير حكم الازالة لان الغاية لا
يحل فيه الذبح ونظيره من وهب شاتين فضحى باحداهما واكلها ثم رجع في الاخرى او ذبح شاة الهبة وباع
جلدها ورجع الواهب فيما بقي لا يبطل البيع في الجلد هذا وجه قوله وهو واضح ولابي يوسف ان القربة
كما تتادى بالدم تتادى باجزاء الشاة بدلالة ان سلامتها معتبرة للجواز ابتداء وبعد الذبح لو باع شيئا
منها لزمه التصدق بثمنها لمكان انه بقي قربة بعد صرفها الى حيث لا يبطل به حق الله تعالى فيه من القربة ولم
يتعلق ما بقي من القربة لبقي على حكم سائر الاغنام تتادى القربة باراقة الدم واما الى الحياة وابطال حق الفقراء
من العين للباقي فكذلك لم يبطل اصل الملك لان القربة لم تتادى به ونظيره من حقوق العباد الرهن فانه
يبطل حق الراهن اليد ويثبت المرتهن الاصل الملك والهبة تبطل الاصل الملك واذا كان كذلك لم يصح الرجوع
لانه يبطل ما ادى من القربة بالعين الاخرى انه بعد الرجوع يصير مالا متمول كسائر الاموال وكما لو من الهبة
يبطل الرجوع ما لو يبطل حق المرتهن والله اعلم كتاب الوقف الوقف شرعا تفسير
لغة وشرط وركن وحكم شرعية اما تفسيره لغة فالوقف نظير الحبس من وقفت الدابة على الطريق اذا منعتها عن
السير وحبستها والوقف اسم جنس شرعا ويقال موقوفة محبسة ولا خلاف فيه وفي الشرط والركن والحكم اختلاف
بين العلماء وتفصيل الشرط قال ابو حنيفة وعامة اصحابه ان من شرط الوقف ان يكون مؤبدا به لا يلزم
وللمالك ان يبيعه ويورث عنه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وعامة الفقهاء رحمة الله عليهم الاضافة الى الابد
ليس بشرط واتبع محمد بن الحسن رضي الله عنه عمر رضي الله عنه اصاب مالا كان نفيسا عنده فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم في الصدقة به فقال عليه السلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق
من ثمره ولم يشترط وصية بعد الموت وكذلك علي رضي الله عنه تصدق ونفقا محبسا وكذلك الزبير رضي الله
عنه وقف داره وشرط للمردودة من ماله وكذلك كبار الصحابة رضي الله عنهم منها ما رواه هلال الرازي في وقفه
وشرائه ما رواه محمد بن الحسن وقد ظهر الوقف المؤبد في الشرع من الصدر الاول والاخر بلا شرط وصية ظهورا لا يمكن
انكاره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر وكان طلب الزكاة من زرع الحالدين الوليد اما خالد فقد حبس درعه

في سبيل الله وكان اصحابه رضي الله عنهم لا يحبس الا في سلاح او كراع والمعنى فيه ما احتج محمد بن الحسن
رضي الله عنه في الاصل انا اجمعنا ان جعل الارض مسجدا يصح ويخرج من ملك صاحبها وتبقى محبوسة لله تعالى
لا تباع ولا توهب ولا تورث اقربة تقام فيها وهي الصلاة ولذلك الله سبحانه وتعالى سبقى لتعبيد كعبة
تعالى لا تباع ولا تملك بوجه التعليق الحج به والصلاة والصوم وكذلك اذا جعلت الارض صدقة موقوفة
فقد جعلت لله موقوفة لا تباع ولا تملك بوجه القربة فعلقت بها وهي دفن الموتى ونزول الحاج او ضيف
غلتها الى الفقراء القرابة او وجه من وجوه القرب في الاسلام فيزول الملك عن المالك الى الله سبحانه وتعالى
لا يملك بوجه مقام تملك القربة لها قال وهذا اوسط لان المسجد اذا حول الى الملك وجد المصلي فيها اخر
وتيسر عليه ذلك ولا يتيسر عليه موضع النزول واحتاجه العيون مثل تيسره ولان المسجد يقام فيه القربة
فكان مكانا لاقامة القربة والارض تستنزل منها فكان تعلق القربة بها اكثر ولا يلزم وقف المنقول
الا انا اعتبرنا ما وجدناه من جنس المال محبوسا لله تعالى واذا وجدنا ذلك الكتب والمساجد ومن حبس
العقارات التي تتادى بها ويتعين ولم يجد من حبس ما يفضي ويتقل من جنس المال محبوسا لله تعالى من مالك
الناس لقربة تعلقت فان قلتم باي دليل ازلتم الملك عن صاحبه ولفظ الوقف للمنع لا للازالة قلنا لكم هذا
ضعيف لانه اذا قال تصدقت بهذه الارض موقوفة لم يجزوه في لفظ الصدقة ما يوجب الازالة وكذلك
لفظ الوقف لان تفسيره عند اهله جعلتها لله سبحانه وتعالى موقوفة على الناس فالوقف المنع عن التملك
والازالة بمقتضى هذه اللفظة كما يجيء قوله اعتق عبدك عني بالف فقال اعتقت تحت الشرا ولا يقتضي
ثبات ان المنع بسبب اللفظ ضعيف فبقي الالفاظ مقتضى وانما اقتدى من لم يجز الوقف لما ان المال لا يجوز ان
يبقى محبوسا عن المالك وقد شرع الله سبحانه وتعالى الحبس بالمساجد فلم يكن منكرا بل الله سبحانه وتعالى
لما خلق لنا ما في الارض جميعا والارض كلها جعلها عرض للتملك عامتها والبعض محبوسا عن الملك بقربة وهي
منفعة تعود اليهم فتكون الكل مخلوقة لهم بعضها لمنافع الدنيا وبعضها للثواب فيكون اجمع لوجوه المنافع
الاجلة والعاجلة الا ان الوقف الموجب به جواز القربة لا تبقى مملوكة لاحد من الناس فالورثة لا يرثونها
والموقوف عليهم ما شرط لهم الا العلة فاي فرق بين حال الحياة وحال الممات بل لما قبل هذا المال الوقف معلقا
بشرط الموت لم يزل الملك الا انه لان في التعليق ضربا من العبد لان كثيرا من التصرفات يصح موصولا ويبطل معلقا
بالشرط ولا يجد تصرفا يصح معلقا ويبطل مرسلا فان قبل الوصية بالعلة المعدومة يجوز ولا يجوز مرسلة قلنا
لكم التعليل بجنس المال وذلك المال الذي يقبل تمليكه بالوصية يقبل التمليك والهبة للحال لكن يشترط فيه
شرطه للارسال قيام المحل للحال ولا يشترط للوصية ذلك وانتم ابتدأتم صحة الوقف مرسلا مع قيام شرط الوجوب
ولكنكم لما كان الموت زائلا بنفسه صح المنع عن الورثة بالموت ولم يصح ابتداء للازالة بالوقف ونحن ما ازلنا
بحقيقة لفظ الوقف بل بالصدقة واذا قال تصدقت بهذه الارض على ان يوقف اصلها ويسبل ثمرها فان لم
يات بلفظ الصدقة ازلناه بمقتضى لفظ الوقف على ما مر فان قيل الوقف تصدق بالعلة بدليل ان الغلة
تصرف غلته الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان او وهب بشرط ان لا يباع والتصدق
بالعلة المعدومة لا يجوز الا ان يكون وصية قلنا الا وجدنا القربان يتعين لله سبحانه وتعالى الا ارادة شرعية
صاحبه يتصرف فيه باكل ويطعم غيره وتصدقه به سبحانه وتعالى

لانه متقومة مضمونة له فمع نقصان النفس تستحق ثمن مقطوع الاشلاء لو ارتدوا او قوبلوا بالقصاص على نفسه فهذا
لا يقتضي ان الصيد بلا ارسال المتبع لا ادمي ظبي محترم شرعا كرامة له والاباحة تعوارض للاشياء الاباحة
الى ان العلة الحرمة والصيد مباح في الاصل والحرمة تعارض فتعود الى الاباحة الاصلية بزوال العارض وهو
شيئا من قال الحق في ظبي الصيد لله تعالى والله تعالى اباح له اذا اذى ان يدفع شره فعلى قال للادمي ما
فسقطا اباح الله تعالى اباح له دفع شر الجوع وبالقتل لا يندفع الشر فلا يتحقق مبيحا حتى ان الله تعالى لو
شرع اكل الصيد لم يجز لان الشرع ندب الى الاكل نفسه وانما علم سبيله وذكر في رواية الاصل ان الجنون
اذا ضاق السيف فقتله المصول عليه وضمن الدية بلا فاعل بفعل الناس وجه ذلك ما ذكرنا ان الادمي في الاصل
محترم والاباحة حيث لحقه بكارمه بها الهارب والصبي والمجنون غير مخاطبين والشرائع فيهم عارضهما عدم
شرعا لا توجب اباحة وانما علم سبيله قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله الحرم اذا قتل سبعا لا يؤكل لحمه
او الحلال في الحرم من الاحاديث قيمة شاة وقال ابو حنيفة انما يلزم قيمة الشاة في قتل الصيد في الحرم عند
ابي حنيفة واحتج بقول الله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم فالنهي في الصيد اسم لفعل كتسمية ان
محل المصدر وكان يكون مستعملا حسا فالسباع انما تصلح للبشر لا كسبا فلم يكن اخذ اصطيادا كالاسمى
ما لبس من الجمادات اصطيادا وان كان كسبا ولا يستبيح الحرم بالاحرام لحديث الاحرام لا يحل الصيد وعن النبي صلى الله
عليه وسلم في الحديث المشهور خمس فواسق لا جناح على المحرم ان يقتلهن في الحل والحرم الغراب والحداة والعقرب
والكلب العقور وفي رواية السبع الضاري والمراد بالكلب العقور السبع فانه اسم لكل ما يكلب اي يعدو لان كون المراد
به الكلب المعروف فانه اسلى لليمين بصيده لا يحرم على المحرم اخذه بالاحرام وفي رواية الاصحاب السبع الضاري
ما اراد بالكلب فخرج عن العموم السباع العادية وكل ما فيه الخلاف بين الاسود والمنشور كلها عادية وانما الا
يظهر منها العدو غالبا لان النبي صلى الله عليه وسلم علق العدو علما لا بالعدو نفسه ولان النبي صلى الله عليه
وسلم بين بقوله خمس فواسق ان الحكم يتعلق بالفسق المتعدي الى غيره وجدت عند العقبة كان النبي صلى الله عليه وسلم
لما قال لهن ليست هن لانها بين الطواف بحكم معدوم الى غيره الطواف فتبين بقوله الغراب والحداة الحكم فيما
عداهما فقتلا بين سباع الطير فان بنيانها في الاصطياد وكل السباع مثلها في هذا المعنى وبين بقوله الحية
والعقرب الحكم فيما عداهما بين الهوام وساكن بطن الارض من العقرب والوزغة وتحوهما لان فسق الحية من حيث العدو
بلسعها وسائر الهوام ضمن لهما فتبين بقوله السبع العادي ان سائر السباع بمنزلته لان فسقه من حيث العدو على الحيوانات
لانها تعيش بهذا السبب والسباع كلها بمنزلتها في هذا المعنى الاخرى فان الحيلة جعلوا قول ابن حنيفة والبق والحلمة
بمنزلة ما ورد فيه النص فان لا جزاء في قتلها وكذلك العلة اذا الحيلة بمنزلة الاصل وفي كل ابتداء بالاذى
لانها تؤكل وهو قتلها بين الجنون كالفسق والظفر وعند الحرمة من حيث لا ان الاذى لا جزاء المراد الاخرى
ان السلطان يجب فان مع شرعا لا الاذى والصيد لا يحرم بالاجماع الا ان الاذى وكذلك اصحاب الاجزاء في قتل الذئب
وهو يقتل مصوص عليه منصوصا الحرم فلا الاجماع والنبي صلى الله عليه وسلم من هذه الحيوان الذكر لعموم الذئب وكلمة اذا
بين العدو لا بالطبع ولا شيء بين الذكر التضمين باسم العدد مع التباس لان التضمين باسم العدد يكون الكسر
بين التضمين باسم العين لان الواحد والخمس من اسماء العدد ولكن لنا الحرة والكلب من اسماء العدد والتضمين باسم
العين كقوله الحرة ليست بحسب التباس كقولنا الحنطة الحنطة في باب الربا وكذلك التضمين باسم العدد

فكذلك العين يحمل عليه فان الاحرام والحرم ثابت الاسم العبد لا يرتفع مسئلة الحرمة بعدم وعوان لا يزال امنه
لان تجعل اذا الاشرف ان الصيد اذا نجا الحرم الا اذا صل من هذه الحيوانات كلها حلت موذيه الا ترى انا نحاف
السباع وهي لا تحاصا ولعبها بالحيوانات الانسية كان دويبة مملوكة او سباعة تجوز ابصرنا ما تصيد ما دفعا
لشرها او دوابا ما دفعا حلت هكذا فاحت اعانها مقام الصيد الذي يؤكل لحمه اذا اذى ويحقق الامنة فلم يكن الحاصرة
الامن وهذا كالتيم السفر في سائر الرخص لانه سبب المشقة فالتيم مقام الغسل الحقيقي الا قائمة من الرخص وعوض والله
يوضحه ان حرمة هذه الحيوانات لا تزول الا الاحلال فعلم انها ثابت ما لا جزاء وكذلك لا يزول الا الخروج من الحرم ولان الحرم
الاحرام كلاهما من جنس الارتفاقات اما ما يتصل به كالحلق في الفقر فانه يستريح بازالة ذلك وكذلك يرتفق بالطيب
واللبس واما ما لا يتصل الصيد فيرتفق بالمؤذي والكسب والبيع في الحل ما فيه خلاف ارتفاق بوجه لا يتصل الفعل
ولا الفعل فلم يكن من جنس محظورات الاحرام ولا يكون صيده حرم اكله بلا سبب اطلاق ان يكون احد الابوين مما يؤكل
لحمه الا جزاء لانا لو اوجب الجزاء لقتله لانا نوجبه بما قبل انه نوع ما يؤكل لحمه وهذا المعنى لو جعل اكله الا انه عار
ما يوجب الحرمة فرجحنا في حرمة الاكل ما يوجب التحريم احتياطا بالكفارة واذا كان ذلك كذلك كان الاحتياط بما على
انه حلال وهذا الحكم فلم يكن معنا ذلك قول الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم فيفصل بين الحلال والحرام
فان قيل لم قلت ان الحرام الصيد قلنا الحرمة ثبت شرعا فاما بين حيث الصنعة فكان كلما يتعدى بجعلا الاركان
اسم الصيد فاما ايضا فلا عند اهل اللغة بالشرع والدليل عليه قول الشاعر ليت تزى زبية فاصطيدا وبقول لسلا
صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا رب صيدك لا تطا لا يجمع بين الارنب والثعلب الغلب لا يؤكل فاما قوله ان الصيد
اسم لغير ما كنا بصنعه وهذه الحرم فاسعدي بها وسمى بها فتقول الاسماء عليه الطباع لا الشرع واضع اللغة انما
وضعها على ما كانت عند ليس على ما عرفه الشرع فانها ليست بشرعية كالاحكام فكل ما يتعدى بجهة من الحيوانات فيطلق
عليه اسم الصيد لوجوده وحصوله لا تفاق بين بعد الامة على ما وضع واضع اللغة له فلا يتبدل الامر بالتحريم
الشرع لان اللغة لا تبدل بالحكم الا ترى ان الصيد كلها محرم الاحرام ودخول الحرم حتى يصير بمنزلة ما لا يؤكل في
حق المحرم المخاطبين بهذين اذا كانت في الحرم في حق الناس جميعا ثم لو قيل هذان الخطابان لا يكون اصطيادا لسبب
الحرمة الثابتة شرعا وكذلك ما نحن فيه ولا يقال انما ان اخذنا لا يكون من محظورات الاحرام لانه لا يتعلق بها لما حرم
عليه بكل كان من المحظورات لانه لا ارتفاق في الاصل لان الشرع حرم ذلك عليه فكذلك ما نحن فيه الا ترى ان الصقر
يحل له اكل السباع حتى اذا اصطاد منه فات ايديه ولو كانت الحرمة لعينها لم تزل بالضرورة لقيام العين فكما لا تزول
حرمة قتل المسلم بالضرورة ولو قتله لغيره او ام ولو حرمة البيتا ما كان سبب الجوع فكذلك حرمة الاصطياد لو كان
الكبر لا يسقط بضرورة الاكراه حتى لو صبر حتى يموت عليه فلما سقطت حرمة هذه السباع علم انها حرمت زيادة المشقة
بنا في تحريم الخبائث وتحليل الطيبات فلما تحققت المشقة قال الشافعي لا اكل جاز لانه حتى اذا كان كذلك تثبت الحرمة
بسبب الاحرام والحرمة التي تعم بسبب الاختلاط وانا قولنا الحرمة لا تزول الا بالاحلال فلما قلنا حرمة الاصطياد تزول
بالاحلال انا لا نزول حرمة الاكل لقيام علة اخرى كقتل صيد مملوك وصيد الحرم يضمن الحرم جزاء اذا فعل لا تزول
حرمة الاصطياد وحرمة الاكل الا الاحلال لقيام علة اخرى وهو موضع المالك والحرم ثبت انه الشبهة في اسم الصيد وكذلك
في بيان الخصوص بسبب الاذى الا ترى انا تقول ونأكل الحرم اذا اذى والحس الذي يوجد منها ما جاء الشرع فانا نسلم ان
الخصوص يقع الاذى ويقول لكم انما ولكم تحريم القتل ابتداء الشيء دفعا للاذى لا تحريم الاصطياد اذا اخذه دفعا للاذى

طلاق تزوج امرأة فطلقها ثم تزوجها إنطلق قبل الاتصال في الآية علة الجزاء كما في قتل الخطأ والعمد والحكم يتكرر بتكرر
العلة فقول الرجل في الكنائية بانت به ثلاثا فقوله فانه يلزمه حكم البائنة كما يلزم فيما اذا ورد من السائل الوقوع
او الدخول شرط ولا يتكرر الجزاء بتكرر الشرط لانه ليس بعلة وانما يجب الجزاء بحسب ما عاين به من الاعجاب الذي هو علة فان علق
بعلل مثل تكرر يتكرر فلا يتكرر بتكرر العلة كالزوجات بتكرر العلة او العلة غير متعلقة بها الا ترى الى قوله تعالى ولذلك كنا
اياكم اذ ظلمتم وجب كما سلف فانا لا نقتل الا مرة متعلقا بصفة الآية كان قوله ومن عاد فينتقم الله منه فكرر الما
عن عليه زيادة حكم لم يثبتها الا قوله ولا انتقام كان الامر يجري الكفارة اذ المرة والتعود يزداد فلا يجري قتل يتعلق العمل
عليه وزيادة الامر من جنس واحد لا يدل على تعلق الواجب الطلق بالامر بل لو كرر مرة ويرد عليه اخرى والجانب زيادة
حكم زيادة حرمة القتل لا يوجب فساد حكم الاحرام الكفارة في المرة الثانية ارتكاب محظور احرامه بقوله يحرم
عليكم صيد البر ما دمتم حرما لان الحرمة لا ترتفع بالقتل الا ترى انه لم يقل مسائل الحرم مسئلة
الحلال في الحرم اذا رمى صيدا في الحل فقتله فمن جزاء الخطأ وقال بعض الناس لا يضمن لان الصيد حلال والصيد
حلالا لا ترى انه لو كان في الحرم فاصيب خارج الحرم لا يضمن الا انا نقول الحرم محرم لفعل لا لاصطياد شيء فيحرم به حلول
الصيد فيه كالوضع في الاحرام وانما قلنا الحرم محرم لان الصيد في الحرم ليس من الاخذ وانما من حرم الاخذ لا لعلة
فثبت ان الحل وان كان بواسطة الامن لان الامن ثابت به بل عاش ولا يلزم الحبس فان من يحرم من الحرم ولا يجوز
الاخذ في الحرم اذا اخذ من الحل لانه في الحرم يحرم بواسطة امن سب الحبس فكان سببا بواسطة فلم يكن سببا ابدا لانه فانه لا
يحرم بالاحرام الذي لا يوجب الامن ابتداء لم يحرم ويحل لانه في الحرم اذا دخله اخذ من الحل لانه في الحرم يحرم بواسطة امن
سب الحبس فكان سببا بواسطة فلم يكن سببا ابدا وانما لا يحرم بالاحرام والحرم يوجبا الامن ابتداء فلم يحرم ويحل لانه لا
سبب الحبس في نفسه فانما الاستيلاء فيما يحرم شرعا بالاحرام بلا واسطة فالامن الصيد فيه سبب اصلي حرمة الفعل والفعل
يحرم في نفسه من الاحرام فلو عاين فيما قبل هذا الفعل حرمته شرعا بلا واسطة الحرم محرم فلو عاينا الصيد الفعل بعد واسطة
الامن لا نعلم وانما سنا عمر وجابر بن عبد الله رضي الله عنهما وذلك لان الحسن في الاصل فان قيل لو حرم الفعل لوجب الجزاء كالكفارة كما في
الاحرام قلنا ليس كل فعل حرام يوجب الكفارة وانما يجب فيما شرعه الله تعالى وانه تعالى شرع الجزاء الاحرام سببا لكونه جناية
عليه فكان غيره قياسا والقياس لا يعلم مسئلة الحلال اذا اصطاد صيدا فادخله الحرم ترك الاسلام فكان وجه عمر وعثمان جزاء
كالوصف فيه ذلك الشاة على ليس عليه شيء وعلى الشاة وروي عن ابن الزبير وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم انه لا يزال الاخذ لان الصيد
حرام الحرم كالشجر ولو اخذ شجرا من الحل فادخله في الحرم لم يحرم عليه فكذا الصيد لو ادخل الشجرة الحرم فاصله حتى
فلعب لم يحرم عليه ولو كان حسنا ثابت بنفسه في الحرم حرما عليه وكذلك ما ثبت فيها من الفعل والزرع وروي ان صبيا
لعائشة رضي الله عنها كان يسك كانا يقال له عبد الله بن الزبير فمات وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأخذه ويقول يا ابا عمير ما فعل
الرسول صلى الله عليه وسلم حرمت ما بين لابتي المدينة كما حرم ابراهيم عليه السلام مكة ويقال الرسول الله صلى الله عليه وسلم
بين الحرمين وانما الامكة والمدينة لان الحرم ما بلغ في اسانيد الصحاح لا ابطال الحل المحرم لما فيها من الاباحة وانه لا امر الصحاح
ولو كان الحرمة على الاطلاق لا يؤكد قلنا ان المرتد اذا التحق بالحرم لو امر عليه القصاص مثل منه لان القتل وجب
عليه حق الله تعالى وجب لحق من بالاسلام حرمة الحرم ولو عجز ان جاء به يجب سكما بلا ان ما عليه موضوع الحرم فلكون من السيد
في الجنة ولا الاسلام الشبهة وما حسنة وانما لعين الحرم كالاحرام فانه يحرم بالاحرام استعمال ثوبه المخيط وعلى رأسه
نص خلوه بارتفاعات كما له ولا يحرم الحرم صيدا ولا كذلك سوم الانفاق وما سنا الصيد بالاحرام ولان الحرم ولا كم تلزم

يعني رضي الله عنه ابن الحل في الحل ودخل الحرم فانه فيه حرام اكله والرمي والاصابة جميعا كانا في الحل والذكية بهما جميعا
فلا يضمن الجزاء لا يتوى انه لو رمى صيدا في الحل فاضطرب فوقع في الحرم فمات لو حرم ووكيف عرمون بسبب لا يمكن
فلا يضمن ووقع الامن عن الطرح الحصن الدخول وانما يتمتع لان منعه بالسور ويحتج محمد بن الحسن بما روي عن ابي حنيفة ان عبد الله
بن ابي ابراهيم الى عبد الله بن عمر بن عثمان وطلحة بن عبيد الله فلم يقبل وقال اهديت لنا امن ما كنا فلم يقبل بسبب الحرم ولم
يستفسر انه كان صيدا في الحرم او اصطاده خارجه فدل ان الكتوبة في الحرم جنسها بوجب الرد وجرى التوكل بلا اصحاب
من سائق ذرى ايضا في عائشة وابن عباس عن الله عنهما انهما كرها ذلك وعن سعيد الله سئل عن اصطياد في الحل وذبح في
الحرم قال عدنا ابن عباس انه يكون وعند بيته تقاتل قدا لانه جزء مفروق والفتوى في المسئلة انه صيد بعد الاخذ بيا من الحرم
مرسلا وصلنا ثبات شاة فيما اخذ الاستوى انه بالاحرام ابن كثير الماخوذ وقد ذكرنا انه بالاحرام يلتزم حكم الحرم
في ابتدا الامن الصيد فلا يجوز ان يثبت بالاحرام وانما الفتوى الحرم من اجابا الامن لا يضمن ان صيد الحرم بالحرم وبالحرم لانه لا
عرضه لم يحرم بالاحرام فانما قوله انه يحرم بالاحرام ما لم يحرم الحرم فسلم له من حرم وبالاتفاق الى لم يحرم من حل ان الحلال
امن من الشاة ولو ان لا يحرم ولو ذبح وانما سبنا فما قريب حرمته الامن الثابت بحل الشاة ولم يحل الحرم فيه اصلا لانه
تعالى جعل الحرم بذلك بقوله حرما امنا اي من شاء كون وبقوله تعالى ومن دخله كان امنا فاذا وجد سلامة في الحرم كان ماخوذا
منه دون الله ولان الله تعالى جعل الصيد امنا بالحرم بلا اشكال وهذا الماخوذ صيد بدلالة الحرمة بالاحرام لانه مال
والحرم لا يبطل الاموال كل الناس والحقوق الى ما ذكرنا فاضطررنا الى احد امرين اما اثبات حكم المال فان الجمع بينهما سقوط
حكم الصيد به على المالية لان المالية لا تسقط بوضع اليد ولا الملك انما ثبت الحل الصيد بدامة اليد ولو
امنه من الايد ولكنه صيد قلنا الامن لا يمنع ذبحا بقيد لان الصيد لا يبطل حرمة اصلا ولذلك قلنا في المتوحش
من صيد الحرم انه لا يحرم الفعل عينه لما سمع لم يحل بل الاخر في تلك القضاء مرتا لو وقيناه عنه في الفعل فان على الاخر حرمة في الاحرام
كما قلنا مسئلة في الاحرام اعدنا الامن في الصيد بوضع اليد ولم يبطل كل منه بالكلية وثانيه تحلل فانا قلنا الى قوله تعالى حرمة اعدنا
ان المالية بتطلق بكون بين المسائل في حق الامن بعضها شامل بعض لما ذكرنا ان الامن ثابت بالحرم والذي ثبت بالاحرام وانما كان
وجدا لم يحرم اصلا فيما صفة وليس نسبة البعض الصيد بعض الفعل فيما بين الحل ودخلها الحرم لانه لما قطع الشجرة وسقط حكم حلية
وصارت بمنزلة النابتة الاشرى انه لو وجد ما تعلق في الحرم خبرا بسنة لم يحرم عليه والحلول بالحرم يكون بمنزلة الوجود فيه
ولما لم يكن ما بين في الحرم فلما اثبتها في الحرم لا يصير من جنسه بهذه الحياة التي ثبت الاثبات لانه لما ثبت من جهة الحاجز من ترك
غاسبا ملكه عند وما ثبت به يكون ملكا له فلا يثبت الامن الحرم لا يثبت الشاة لان الحرم لا يبطل الاملاك وانما الشيء في
الصيد به فيه امه كالوكانت وهذا الامر لان مسئلة لو وجد الحرم لم يحل الا عند ذلك لان الحلول بالصيد لا الموجود فيه ثبت
الامن الصيد للحل بحكم الحياة التي لا من بسببه في الحرم فانه ثبت بحكم هذا السابق بحكم انا استسلم وتارات فيما
كان انسانا كان قبل الصلاة لانا لم تحدث حقيقة فان الشرع جعلها ثابتة حكما الصيد في الحرم حرمة الاكل سوى هذا لا كل
وانما اذا اخرج لو دخل الحرم فلانه لما دخل الحل وصار حرما ثم الذكاة ثم بالموت حصل وهو حرام ولم يحرم الحلال كالوذبح ثم دخل في
الحرم فانه لا رواية فيه فالسلم فلان الناس من الحياة لا من ها لانه تبقى بذاتها وبعد الطرح لا يثبت الامن وبه جبر
وانما حديث ابي عمير وحديث جمار الوحش في الحرمة فليسا بحجة لان الذبيحة فانها حرم بعد ذبحها لانه يحل ذبحها بالاحرام
ويجوز بيع حقارها واخذ حشيشها وذي كانا الحكم والجمل واتفاق الناس في الحرمين فقد قيل انهما سا ومكة ولان النبي صلى الله عليه
وسلم كان سكنا ولدا وندبا عمر اضيفا اليهما باسم الحرمين معا لا احد امرين على الاخر الى السنة كما قيل سمه الحرمين لسنة ان يكم

[illegible] ثابت النسب من الأم لا يثبت إلا بعد [illegible] إذا كان يثبت النسب [illegible]

[illegible] عن أبي حنيفة أن قطع كان له نور الطلب أو استفادة [illegible] وقال صاحباه [illegible]

[illegible] الفاسد [illegible] لأن ولد البنت من غير الملك ليس بسبب ملك واليمين الشرعية لا يصح إلا في ملك [illegible]

[illegible] الملك كما لو كان لكل جارية اشتراها [illegible] فإنه يتعرض على الإماء الموجودات بملكه وله أن ولد البنت

[illegible] قوله البنت [illegible] بالنسل فيبقى دلالة الحال خلا الزوجة دلالة على غرضها بالزوج من قطع الزوج

[illegible] العرف وكذلك [illegible] الشرع الفاسد بمنزلة المملوكة يتزوج فيه حتى إذا اشتراها المتزوج له تزوجها وإذا كان كذلك

[illegible] الطلق بدلالة العرف كما يتقيد الطلق ولو قيد كذلك [illegible] اليمين [illegible] بالكل [illegible] الزوجة كذلك

[illegible] بالنسل أو بدلالة الضرورة ونوى الحج مطلقا يتقيد بجهة الإسلام بدلالة العرف فإنا لا نجد في عرف الناس

[illegible] الضرورة إلى الحج إلا وهو يريد جهة الإسلام فتتقيد بالدلالة لأن الوقت لا يقبل غيره فإنه لو نوى التطوع كان

[illegible] مسئلة المشتري لا يتقيد [illegible] الناس [illegible] ملك وغيره ملك وإن كان الشرع حرم بغير ملك والتقييد

[illegible] الناس فالكلام للناس فتقيد بعرف استعمالهم فإن قيل الشرعي [illegible] من كل خصوص وهو اتخاذ الوالد

الأمة سرية والسرية لا تكون إلا في ملك [illegible] قلنا قوله سرية أي [illegible] للوطء وتعد في ملك [illegible] في نفاذ

الناس [illegible] وقال محمد [illegible] وأبو الحسن الكرخي وأبو يوسف مع محمد رحمهما الله وموضوع المسألة أن الولد ليس بثابت

النسب ومبنى الخلاف على حد وجه قوله ظاهر أن هذه بنته فاستلزم النسب فقبل كما لو علق العبد بحول

الدار وقعت البنت عليه وإنا قلنا إن النسب [illegible] على [illegible] الشرط [illegible] العبد لا [illegible]

لا يثبت كونه في غير ذلك المكان في ذلك اليوم ولأن الشخص الواحد لا يتصور في مكانين ولا حقيقة أن البنت غير

سرية لأنه لا يدعي له نسبه ولا يجوز أن يقال على الفرض بملاءمة في النتيجة بكونه والنسب لا يقبل [illegible]

[illegible] النتيجة بالكونية بدعوى العبد لأنه سبب لثبوت حجة الاستيلاد إذا قال هذا العبد لي [illegible] ولأن الفاسد

[illegible] النتيجة حتى يثبت في الغائب قلنا النتيجة بالكونية ليست سبب عدمها بكونه فالعدم كان ثابتا أصلا لأنه ليس [illegible]

كان [illegible] الكونية لو لا أن كان فيها فالعدم ثبت بالاستصحاب [illegible] النتيجة بالكونية إذا ثبت [illegible] العدم وكذا [illegible]

[illegible] الشخص الواحد لا يثبت في مكانين وإن كان كذلك لو صح من الأصل إثبات الأصل الذي يقتضي ثبوت حجة

[illegible] الأصل بل [illegible] كانه لا يقتضي ثبوت حجة الاستيلاد إن كانت له أمة ولدت منه ولدين [illegible]

[illegible] الولدين [illegible] الأم والولد [illegible] في البائع الولد الذي [illegible] الدعوى وإن كانت [illegible] الولد

الذي [illegible] لأن [illegible] ولدا في الذي [illegible] ثبت نسبه الآخر وبطل في المشتري لو كان المشتري

لو [illegible] وحكم البائع [illegible] ثبت نسبه الذي [illegible] كانه [illegible] لأن البيع [illegible] الولاية [illegible]

[illegible] الآخر [illegible] العتق [illegible] الآخر [illegible] ثبوت الولاية للمشتري وإذا [illegible] فإن [illegible]

[illegible] على [illegible] المقتضي [illegible] إثباتي [illegible] الأصل [illegible] وكذلك [illegible] الأصل

[illegible] الدعوى [illegible] بالكونية [illegible] وكذلك [illegible] على [illegible]

[illegible] الأصل [illegible] الأصل [illegible] الأصل [

عند نفيه الاتباع لله تعالى عن الذوق الواجب لحقه تعالى بما اوضحنا في الاصل اذا الرعيه استحقين على المولى لم يجب
استعمال الاسير والجنيفة في الوصية لتنفيذ الوصية واكتفاء الواحد رجاء كما في اجابة الله تعالى الصدقات النفر الملال
لان الورثة مستحقون باسمائهم المذكورة فيجب الحق شائع في الاسير والواحد لا يطلق عليه اسم الجمع ولان الله تعالى فرض الوصية
في الارث خلاف الجماعة ولانه لا يمكن تعليق الايجاب بكل ما يشتمل عليه الاسم لانهم لا يحصون ولانهم مجهولون فتعلق الحكم باسم
لان الاقل والاكثر الجنس فيما والمادي مما يطلق عليه الاسم على ما بيان في كتاب الاصول دون الجميع الا ان يعينه القائل علا
اسم الجماعة فان اطلق الاثنين والله اعلم مسئلة الوصي اذا قال لعبد بلوغ الغلام اديت من الثمن مائة او وصل
الى والكم الغلام معه فنداي يوسف وقال محمد لا يصدق لانه مؤنة تجب في ذمته محضة فلا يصدق في ابطالها كما في الوصي
الشيء وكتابة عبد او نفقة زوجته ونعني بقولنا في ذمته محضة انها تستحق المال بلا زيادة خلاف نفقة العبد ونفقة
قرابته الى النفقة فتصارعا فيه وانما الحلال وانه زيادة معنى حاكت زيادة حقيقة والوصي سلط على بدل ما في
الغلام فانه يحرك الثمن بما اشبه فيكون مصدقا كما اخرجا سلطانه كالوكيل بقول بعت والمودع بقول رددت الوديعة فانا
اطلاق الثاني بقبل زيادة محضة فالاصل فيها الجواز لا العدم المزوجة وهو حال الوجوب الصبي باسمائها ما ثبت التسليط الابتداء
حدوث الوجوب والبقاء اثبات الضرورة فلا يصير مسلطا بدون الضرورة وكذلك جعل الابن اقامة بسبب الاباق
مضمونة وهو حال لم يزل على تسليطه حتى ان الغلام لو لم يكن آبقا لم يجب رده حتى الاستيلاء الوصي الا عند القاضي ان هذا
عند الغلام وكان آبقا فرده على الرجل لم يلزمه القاضي الجعل لانه ما رده على حقه ولا يبه ومثله لو قال اشتريت هذا العبد
للغلام الذي عن ابو يوسف يقول الجاري مؤونة الارض من اصل الشرع لتسلم لهم الارض تلك المؤنة فلا
تلتبس السلامة بما شرعا الشبه لحقه العبد التي تعلقت بسلامته بها حسا وكذلك جعل الابن تعلقت به حياة الوصي
الابن منزلة القاضي بما يرد والرد اجنبا والجعل من الرد لشبه عن الدفع وكذلك النكول من الارض انما يكون جناية الغلطان
لانها انما لو اتى الجاني وتخذ سبب الجناية فاشبه جعل الابن من هذا الوجه خلاف ان الجناية لا تعاقر امد ما فيها قابل
وجد فيما المسلة التي استدل بها محمد كثيرا مستدل محمد بما فيه خلاف ولبن لنا فالجواب ظاهر لانه اذا قال ما بعت ان
تصديقه رفع الضمان عن نفسه واذا قال هذا البيع وعلى تصديقه استحقاق المال بالبيع الغلام فلا يعد الاصلاح منه ما
لا صلاح لان البيع مردود اليه فلا يصدق منزلة الوكيل بالبيع اذا قال له الآمر عزلتك فقال له كنت نفعه لو بعت في اذا
كانت البلغة قيمة لانه يقصد به الاستحقاق عليه واذا كانت هكذا مبدئ لانه يقصد دفع الضمان عن نفسه كما اذا
اذا قال اشتريت هذا العبد فنفيه ايجاب الثمن لو من لان العبد لا يملك له اذا الوكيل المزلة البيع وانما يملك باقراره لا باقراره
وهو مما لا الاثنين فصار حاصلا له فصح والله اعلم مسئلة مشتري الدار اذا وجد وكلم عند حضر البيع مرسل في الدار
مسئلة اذا قال لا تبع عبدي ولا تسلمه حتى تقبض الثمن لم يصح البيع الثاني عند محمد وقال ابو حنيفة وقال ابو يوسف
يصح لان حق المبيع لا يبطل بالبيع لو باع بنفسه حتى تقبض الثمن وكذا لا يبطل مبيع وكيله وبذلك انه لو استرد المبيع من الوكيل
البيع صح وملك بعده لان قبض الوكيل الثمن والمالك ملك اليد له بعد البيع ملك النهي من التسليم الا الا الذي ملك النهي عن
المالك البيع وكذلك لو وكل لا يصح الا ان يصح النهي من البيع بسببه لانه منه خلاف قوله لا يصح الا بخبر فلان لانه مسوره
بقي به حقا لنفسه فلان التسليم من حقوق العقد والوكيل بالعقد حقوقه بعد البيع من التسليم والقبض منزلة المالك

الثابت

الثابت بالمعروف ولذا كانت الحقوق ثابتة له حكم المالية وان الشبهة لم يصح حتى الولي منه كالوهاب من قبض الثمن فانه لا يصح
خلافه الواسترة لانه بالبيع الموجب للشبهة في حق الثمن قبل نقد الثمن وبعد الوكيل بعقد الوكالة فلم يكن لازمة فلذلك استرداد
عن يده وكذا استرد وقادت يد الموكل لم يملك الوكيل التسليم قبل نقد الثمن لما فيه من الحالة بغير امره كالوامره بالبيع والتسليم اليه
قبل الاستيرة واذ لان النهي لما لم يصح بقيت ولاية التسليم حتى لا يدعي العقد وتاية الجهالة الموكل لان الوكيل المطلق
الوكيل حتى يعين المالك ان بيع كسب يد العبد لا يصح لان العبد يتبرع لنفسه وهو حكالة فلذا ترسيبا الولاية وهو لان بقاء
حكمه في ولاية التصرف لعقده ولو استرد الموكل في المثالث ملكه ولا يدين عليه الحق الثمن بالتعرف بيد لان عمل التصرف بعد الوكيل
كسبه وما لا يعد في الكسب حتى صحي للاجل ولاية الاسترداد للموكل واذا صح الاسترداد ترك المذهب على التصرف ولا
نفسه والشبهة ان يد الوكيل يد الموكل اما نقد الوكيل قبل الاسترداد وبعد الاثبات الوكيل الاسترداد والدلالة حتى الاسترداد
على ما بيناه ملك اليه المبيع فاذا اضاف العقد والرضى لا ملك التسليم كالوامره بالبيع ولو تسليم اليه وكالوامره فانه يملك اليد وقيد
نفسه وما لا يسترد اذ بدل اليد فاذا ان يتقدم الحكم بتبدل القيد دون النهي وهاهنا لما لم تتبدل الاسترداد ولم ان الحكم بذلك
باقتداء الرضى الدلالة بالتسليم دلالة وذلك كما يعد بالاسترداد بعد رجوع النهي والله اعلم مسئلة اذا اشترى
فاشتراه واحد من المسلمين فقتله بمنه رجل آخر وعزر قيمته واخذ الحلة فتركها للولي المأمور منه اخذ بالبينة التي غرمها الجاني في قول
ابي يوسف ومحمد وفيها قول آخر انه يأخذ قيمته الحي وفي بعض النسخ يأخذ قيمته الحي وفي بعض النسخ يأخذ بالقيمة
التي غرمها في قول ابي يوسف وفي قول محمد يأخذ قيمة الحي وفي السير الكبير يأخذ بالقيمة التي غرمها في قول محمد
اما الرواية الاولى فلان الحد عند ما ان القيمة بدل الحلة وفي العين بل تاريخ الدابة والامر فيه الامر ولو اشترى العين
فقبضت العينان قبل الولي ان نسبتا تدرتا بالحلة بكل الثمن فكذلك هذا وعند ابي حنيفة البينة بدل العين ما لا العين
فصار كالمستهلك بعينه فوجبت جنايته عليه واما وجه رواية السير فوجه قول ابي حنيفة ان بالحلة وان سلمت له بغير عوض فقد غرم
بسببها القيمة كالمستهلك العين منها والولي المأمور منه ما غرم الجاني الا ان يرد العين الا ان يرد العين لكنه لم يرد فلا يلزمه بسببه
ولهذا ما غرم الجاني البدل فيما الغرم منه ولا يتلقى الاثنان غرم له ما لانه سبب الجناية على الحلة ان لم يكن ولا لهذا قيل لو كان العبد
جنى وقيمته حينئذ دون الثمن الولي اخذ الاكثر الثمن لا يجب الاكثر الثمن لا يدفع الا ذلك ولا يلزم اذا اشتراه رجل وقبضه منه
فاخذ المولى القدم بالبيع وهو لا يشتري العيب فتعيب عند مراطلع على العيب الاول فانه يرجع بحصته من الثمن لان حق العيب كان له
المشتري بالعيب فاراد رفعه ما اخذ كل الثمن من الولي فلم يحصل له ذلك وقال له ارد من الولي ما اخذته به من مرتب كان هذا
اما اخذ العبد ورد الثمن او رد قدر العيبان وقع الجزء الاول بغير كل سبيل انه اخذ قدر ابدله وجه قول ابي يوسف ان القيمة
عند ابي حنيفة الحلة والعينين جميعا وما فات بالنقد بمثل ملكه لا يستحق اخذ البدل عليه انما اخذ قدر ما لزمه بازاء ما
في ملكه خلاف ما اذا اشترى العبد بثمن نقد ثمنا فان الكل على ملكه الثمن كله فلم يسقط بالتقاضي من الولي المأمور منه
لانه غير وقت العقد لا ينوزع في حقه ما لزمه من الثمن قبل الفتى بالعينين الحلة وتطيبه مسئلة من اوصى
اذا اشترت امة فاشتراها مسلم فولدت وماتت وبقي الولد اخذ المولى جميع الثمن وقال ابو يوسف لا يجوز لان التوزيع يمنع لانه
بدل الاجزاء فلا يقبض قيمتها بثبت الشبهة جميع الثمن وقال محمد يأخذ حصته لان الولد تبع لا يتبع الا في بدل الكتابة
لو بقي لا تعلق ضمنا فصار الولد مع ضرورة كما اذا غصب عبدا عند المشتري فاخذه المولى بالثمن وهو لا يتوزع به فيصير عند مع

[illegible]

[illegible]

[illegible]

قسم التحقيق

كتاب البيوع

من كتاب الأسرار

للقاضي أبي زيد الدبوسي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتـــاب البيـــوع

البيع[١] نوعان: حلال،[٢] واسمه البيع، وحرام،[٣] واسمه الربا[٤].

١ـ البيع في اللغة: من بَاعَ الشيءَ يَبِيعُه بَيْعاً، ومَبِيعاً.
البيع من الأضداد مثل الشراء، ولذا يطلق على كلٍّ واحد من المتعاقدين «بائع». والغالب استعماله لصاحب السلعة، قال في المصباح المنير (٦٩/١): «ولكن إذا أطلق (البائع) فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة»، ويقال للمتعاقدين أيضاً: البيِّعان، والمتبايعان، وقد يطلق البيع على المبيع، فيقال: بيع جديد، ويجمع على بيوع.
والأصل في البيع: مبادلة مال بمال، ويطلق أيضاً على العقد مجازاً، قال في المصباح (٦٩/١) : «والأصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم: بيع رابح وبيع خاسر، وذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنَّه أطلق على العقد مجازاً؛ لأنَّه سبب التمليك والتملك» راجع للمعنى اللغوي الصحاح: ١١٨٩/٣ ، ولسان العرب: ٢٣/٨ ـ ٢٥ ، والمصباح المنير: ١٦٩/١.
والبيع في الشرع: هو مبادلة المال بالمال بالتراضي. فتح القدير لابن الهمام: ٤٥٥/٥ ، كنز الدقائق: ٢٥٦/٥ ، الكفاية: ٤٥٤/٥.

٢ـ الحلال: في اللغة: مأخوذ من الحَلِّ، وهو بمعنى الفتح والإطلاق، ومنه: حَلُّ العقد: أي فتحها ونقضها. لقد جاء في الذكر الحكيم دعاء موسى عليه السلام: ﴿وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي﴾ سورة طه ٢٧ . (الصحاح: ١٦٧٢/٤ ، المفردات: ص ١٢٨ ، لسان العرب: ١٦٩/١١).
وفي الشرع: هو المطلق بالإذن شرعاً (ميزان الأصول في نتائج العقول) ص٤٤.
والحلال في هذا المقام مترادف الجائز، والصحيح . وكذلك مع المباح والمعتبر

٣ـ وأما الحرام، فهو في اللغة: الممنوع.
وذلك إمَّا بتسخير إلٰهي، وإمَّا بمنع قهريٍّ، وإمَّا من جهة العقل أو من جهة الشرع أو من جهة من يرتسم أمره. وهو ضد الحلال.
والحرمة: المنع وما لا يحل انتهاكه (الصحاح: ١٨٩٥/٥ ، المفردات: ص١١٤ ، لسان العرب: ١٢٨/١٢)
وفي الشرع: وهو الممنوع شرعاً . (ميزان الأصول: ص٤٣)

٤ـ الظاهر أنَّ المؤلف رحمه الله قسَّم البيع إلى حلال وحرام اتباعاً بما ورد في كتاب الله عزوجل ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (سورة البقرة ٢٧٥) كما هو شأن كثير من المؤلفين.
قال الإمام السرخسي رحمه الله في المبسوط (١٨/٢١٢) بعدما قسَّم البيع هو أيضاً إلى حلال وحرام: «اعلم بأنَّ الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لإقامة مصالح العباد في الدنيا، وشرع طريق التجارة لاكتسابها؛ لأنَّ من يحتاج إليه كلُّ أحد لا يوجد مباحاً في كلِّ موضع، وفي الأخذ على سبيل التغالب فساد، والله لا يحب الفساد. وإلى ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (سورة النساء ٢٩).
فإنَّ الله أخبر عن الكفرة إنكارهم الفرق بين البيع والربا عقلا فقال عزَّوجلَّ: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَوا﴾ ثمَّ فرق بينهما في الحلِّ والحرمة بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوا﴾ (سورة البقرة ٢٧٥) فعرفنا بذلك أنَّ كلَّ واحد منهما تجارة».
ثمَّ المقصود من كتاب البيوع، هو بيان الحلال والحرام منها. وأشار إلى ذلك الإمام =

والحلال نوعان: لازم، وغير لازم[١]

الحرام كذلك نوعان: ما يعود جائزاً برفع المفسد، وما لايعود جائزاً بحال. فذلك أربعة[٢]

= البابرتي في شرحه العناية على الهداية (١٤٩/٦) فقال: «إنَّ المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا، ولهذا لمَّا قيل لمحمد: ألا تصنف شيئاً في الزهد؟ قال: صنفت كتاب البيوع. مراده: بينت فيه ما يحل وما يحرم، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال».

والظاهر أيضاً: أنَّ التقسيم من جهة الحكم، ومن هذه الجهة فإنَّ الفقهاء المتأخرين ذكروا في ضمن البياعات المنهي عنها ثلاثة أقسام:

الأول: البيع الفاسد.

والثاني: البيع الباطل

والثالث: البيع المكروه تحريماً (راجع البحر الرائق: ٦٨/٦).

وما دامت هذه البيوع منهياً عنها فيمكن جمعها تحت عنوان البيوع المحرمة.

ومع ذلك هناك إشكال آخر. وهو أنَّ المؤلف رحمه الله قيَّد البيع الحرام بأنَّه ربا، وكذا في العناية (١٤٩/٦) كما سبق آنفاً لعل ذلك يكون أيضاً بناء على ذكر الربا في كتاب الله عزَّوجلَّ محرماً أو على قول من قال بأنَّ كلَّ عقد فاسد فهو ربا (راجع البحر الرائق: ٦٨/٦ ، ١٢٤) إلاَّ أنَّ في القول بأنَّ كلَّ عقد فاسد ربا نظراً؛ لأنَّ من البيوع الفاسدة ماليس فيه معنى الربا مثل البيع المسكوت فيه عن الثمن، وبيع عرض بخمر، أو بأم ولد، فتجب القيمة، ويملك بالقبض. كذا بيع جذع في سقف، والبيع إلى نزول المطر، ونحو ذلك (انظر: منحة الخالق على البحر الرائق: ١٢٤/٦ ـ ١٢٥). وسوف يأتي التفصيل في ذلك، والفرق بين الفاسد والباطل والمكروه، وآراء الفقهاء في هذه الأقسام والأحكام المترتبة عليها ومناقشة أقوالهم.

١ـ اللزوم في اللغة: مصدر من لَزِمَ يَلْزَمُ. والفاعل لازمٌ، والمفعول ملزوم. لزِمَ الشيء يَلْزَمُهُ لَزْماً ولُزُوماً: ثبت ودام، ويلزم المال: أي وجب عليه، ولازمت الغريمَ ملازمةً ولزمتُه وألزمتُه وألزمه أيضاً تعلقت به. ويتعدى بالهمزة فيقال: ألزمتُه: أي أثبته وأدمته (لسان العرب: ٥٤١/١٢ ، المصباح المنير: ٥٥٣/٢).

واللزوم في الشرع: هو امتناع الانفكاك بعد التقيد(التعريفات: ص ١٩٠ ، ١٩١) وذلك؛ لأنَّ المتعاقدين إذا تقيَّدا بقيد العقد لايستطيع أحد الطرفين منهما التحلل من قيده وهدم العقد ولا تعديله.

وأما البيع اللازم: وهو البيع النافذ العاري عن الخيارات (مجلة الأحكام العدلية: ص ٦٧، بدائع الصنائع: ٣٠٦/٥ ، العناية:٤٩٨/٥ ، البحر الرائق: ٦٩/٦) ولذا لا يستطيع أحد الطرفين بعد إتمام أركان البيع أن يفسخه.

وأما البيع الغير اللازم: فهو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات (مجلة الأحكام العدلية:٦٧ ، راجع أيضا أنيس الفقهاء: ص ٢٠٥ ، بدائع الصنائع:٢٢٨/٥ ، ٣٠٦ ، العناية: ٤٩٨/٥ ، البحر الرائق: ٦٩/٦) وأشار إلى ذلك المؤلف رحمه الله عقب كلامه بقوله: «والحلال الذي هو غير لازم: ماكان فيه خيار الفسخ للعاقدين»

٢ـ تأتي في أول البيوع الفاسدة قريبا.

والحلال الذي هو غير لازم: ما كان فيه خيار[١] الفسخ للعاقدين.

والخيارات أربعة:

خيـــار الشرط.

و خيـــار الرَّدِّ بالعيب

و خيـــار بسب الاستحقاق

و خيـــار الرؤية[٢].

ثمَّ البيع أربعة أنواع من جهة المبيع:

البيع المطلق: وهو بيع عين بعين أو بدين.

وبيع السلم: وهو بيع ما في الذمَّة.

وبيع ما يصنعه عيناً: وهو الاستصناع.

وبيع المنافع: وهو الإجارة[٣]

ومن جهة الثمن[٤] أنواع أربعة أيضاً:

بيع العين بالثَّمن، وهو المطلق.

١ـ الخيار في اللغة: اسم من الاختيار، والاختيار: الاصطفاء. وخيَّرتُه بين الشيئين: فوَّضتُ إليه الاختيار فاختارَ أحدهما. (الصحاح: ٦٥١/٢ ، ٦٥٢ ، المصباح المنير: ١٨٥/١ ، المغرب: ٢٧٦/١)

وفي الشرع: هو طلب خير الأمرين بين إمضاء العقد والفسخ. (انظر: عمدة القاريء: ٢١٣/٩ ، البحر الرائق: ٢/٦)

والظاهر أنَّ المؤلف رحمه الله أضاف الخيار هنا إلى الفسخ دون الإمضاء لاختصار الكلام؛ لأنَّه من البدهي أن يوجد هناك جانب آخر حتَّى يتمكن العاقد أن يختار أحدهما.

٢ـ يأتي بيان كلِّ نوع منها والخلاف في ثبوت بعضها، والأحكام المتعلقة بها. إن شاء الله تعالى

٣ـ مسألة جواز عقد الاستصناع، وجواز بيع المنافع وتملكها محلا نظر وبحث عند الفقهاء، تأتي مناقشة المؤلف رحمه الله ذلك والتعليق عليها إن شاء الله تعالى.

٤ـ الثمن في اللغة: اسم لما هو عوض عن المبيع. وكذلك في الشرع، والجمع أثمان. وبعته بثمن فهو مُثْمَن أي مبيع بثمن. (المصباح المنير: ٨٤/١ ، المغرب: ١٢٢/١) قال في المغرب: «والأثمان المعلومة: ما يجب ديناً في الذمَّة، وهو الدراهم والدنانير. وأمَّا غيرهما من العُروض ونحوهما فلا. وإن أردت أن تشتري بعضها ببعض فما أدخلت فيه الباء فهو ثمن»، وقال في تحفة الفقهاء ٣٧/٢ ـ ٣٨: «والثَّمن في الأصل: ما لا يتعين بالتَّعيين، وإنْ كان قد يتعين بعارض، فيصير المبيع ديناً كما في السلم، ويصير الثَّمن عيناً كبيع العين بالعين، لكن الثَّمن المطلق هو الدراهم والدنانير...ثمَّ الدراهم والدنانير أثمان أبداً سواء كانت في مقابلتها أمثالها أو أعيان أخر، صحبتها حرف الباء أم لا.»

وبيع الثمن بالثمن: وهو الصرف.

وبيع العين بمكيل أو موزون أو عددي متقارب يتعلق في الذمَّة.

وبيع العين بثياب موصوف في الذمَّة[١].

ومن جهة التسمية ينقسم إلى أربعة:

بيع مساومة:[٢] وهو البيع بالثَّمن الذي يتفقان عليه.

وبيع المرابحة:[٣] وهو البيع بالثَّمن الأول وزيادة.

وبيع تولية:[٤] وهو البيع بالثَّمن الأوَّل.

وبيع وضيعة:[٥] وهو البيع بالنقصان عن الثَّمن الأوَّل.

☆☆☆☆☆

١- خصَّ بالذكر بيع العين بثياب موصوف في الذمَّة لشبه الثبات بالمثليات من حيث الثبوت في الذمَّة، وبالأجناس المختلفة من حيث تحقق الربا، فسوف يأتي في ذلك تفصيل.

٢- المساومة في اللغة: مصدر من سَاوَمَ: وهو أن يعرض البائع السلعة، وذكر ثمنها وطلبها من أراد شراءها بثمن دون الأول؛ لأنَّ السَّوْمَ هو: عرض السلعة على البيع. و«التَّسَاوُمْ: يكون بين اثنين: أي البائع يعرض سلعته للبيع بثمن وصاحبه يطلبها بثمن دون الثَّمن الأول، فإذا اتفقا على شيء، وتمَّ بهذا الثمن يكون البيع بيع مساومة»(راجع للمعنى اللغوي: لسان العرب: ٣١٠/١٢ ، والمصباح المنير: ٢٩٧/١ ، و المغرب: ٤٢٣/١)

٣- المرابحة في اللغة: مصدر من رَابَحَ وهو أن يبيع البائع سلعته بالربح، والربح: النَّماء في التجر، ورَبِحَ في تجارته رَبَحاً و رِبْحاً ، ورَبَاحاً ، وبعته المتاع واشتريته منه مُرَابَحَةً إذا سميت لكل قدر من الثمن رِبْحاً.

ويسند الفعل إلى التجارة مجازاً، فيقال: رَبِحَتْ تجارتُه فهيَ رابحة.(لسان العرب: ٤٤٢/٢ ، المصباح: ٢١٥/١)

٤- التَّوْلِيَةَ في اللغة: مصدر من ولَّى غيره. يقال وَلَّيْتُهُ تَوْلِيَةً: أي جعلته والياً. المصباح المنير: ٦٧٢/٢ ، المغرب: ٣٧٢/٢

٥- الوَضِيعَة في اللغة: بمعنى الحطيطة والنقصان والخسارة، تسمية بالمصدر من وُضِعَ في تجارته وَضِيعَةً إذا خسر فيها. بيع الوضيعة خلاف بيع المرابحة.(لسان العرب: ٣٩٧/٨ ، ٣٩٨ ، المصباح المنير: ٦٦٣ ، المغرب: ٣٥٩/٢ ، ٣٦٠)

[البيوع الفاسدة]

فأمَّا الفاسد[١] يفسد لجهات أربعة:

إمَّا لمعنى في المحل مع قيام المالية.

وإمَّا لمعنى في العقد مع قيام الأهلية.

وإمَّا لمعنى في العقد مع قيام أصله.

وإمَّا لعدم المالية في البدل أصلاً.

فنبدأ بالفاسد وأنواعه؛ لأنَّ الفساد ثبت شرعاً، والجواز يثبت بتراضي[٢] الملاَّك كيف يتبايعون أموالهم[٣].

١- الفساد في اللغة: من فَسَدَ الشيءُ يَفْسُدُ، ويَفْسِدُ فَسَاداً، وفُسُوداً، فهو فاسِدٌ، وفسِيدٌ فيهما. والجمع: فسْدَى، والاسم: الفساد، والفساد نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح (الصحاح: ٥١٦/٢ ، لسان العرب: ٣٣٥/٣ ، المصباح المنير: ٤٧٢/٢).

وفي الشرع: فإنَّ الحنفية فرَّقوا بين الفاسد والباطل في المعاملات، فعرَّفوا الفاسد: بأنَّه ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه، كبيع الثوب بالخمر، فإنَّ الخمر مال عند أهل الذمَّة، إلاَّ أنَّه غير متقوم؛ لأنَّ الشَّرع أبطل تقومها في حق المسلمين، والمشتري للثوب، إنَّما يقصد تملك الثَّوب، ولذا تفسد التسمية بالخمر هنا وتجب قيمة الثَّوب.

وإنَّما أطلقت المشروعية على الأصل نظراً إلى أنَّه لو خلى عن الوصف لكان مشروعاً.

والبيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به فيلزم على المشتري قيمة المبيع لا ثمنه كما ذكرنا آنفاً.

وعرفوا الباطل بأنَّه: مالا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه، وذلك كبيع الميتة التي ماتت حتف أنفها، وكبيع الدم والحُرّ؛ لأنَّ البيع مبادلة المال بالمال بالتَّراضي، وهذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد ممن له دينٌ سماويٌ. وهذا البيع لا يفيد الملك أصلاً. (يرجع إلى: الهداية: ٤٥/٦ - ٤٦ ، وشرح المجلة: ص ٦٥ - ٦٦ ، أنيس الفقهاء: ص ٢٠٩ ، ميزان الأصول: ص ٣٩ ، واللباب في شرح الكتاب: ٢٤/٢)

والباطل في اللغة: من بَطَلَ الشيءُ يَبْطُلُ بُطْلاً، وبُطُولاً، وبُطْلاَناً: ذهب ضياعاً وخسراً، فهو باطل، يقال: ذهب دمُه بُطْلاً: أي هدراً. والجمع أباطيل، وقيل: بواطيل. (الصحاح: ١٦٣٥/٤ ، ولسان العرب: ٥٦/١١).

وذهب الجمهور إلى أنَّ الفساد والبطلان مترادفان يقابلان الصحة الشرعية، سواء أكان ذلك في العبادات أم في المعاملات (راجع: الفروق للقرافي: ٨٢/٢ ، والمستصفى: ٩٥/١ ، والمحصول للرازي: ج١/ق١/١٤٣ ، إحكام الأحكام للآمدي: ١٣١/١ ، وشرح الكوكب المنير: ٤٧٣/١).

٢- في نسخة (ب) "بتراخي"

٣- إنَّما ذلك وجهة المؤلف رحمه الله ، ولكنَّ أكثر الفقهاء قدَّموا البيع الصحيح على الفاسد، وهو أنسب، والله أعلم؛ لأنَّ البيع الصحيح هو الموصل إلى دفع الحاجة، وتمام المقصود، ومن حق الفاسد التأخير لكونه عقداً مخالفاً للشرع ولتوقف معرفته على معرفة =

وهو أصل غير محتاج إلى دليل لجوازه بعد ثبوت الملك المطلق للتصرف شرعاً.

☆☆☆☆☆

= الصحيح.

قال ابن الهمام: «وجه تقديم الصحيح على الفاسد: أنّه الموصل إلى تمام المقصود، فإنّ المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود، وليندفع التغالب والوصول إلى دفع الحاجة الدنيوية، وكلٌّ منهما بالصحة.» (فتح القدير: ٤٢/٦ ، راجع أيضاً: البحر الرائق: ٦٨/٦ ، العناية: ٤١/٦)

مســــــألة

[الخلاف في حكم البيع الفاسد]

قال علماؤنا: البيع الفاسد في الجملة يوجب الملك[١] إذا اتصل به القبض بقيمة المبيع لا بالمسمَّى[٢].

وقال الشافعي: لا يوجب الملك[٣]

وهذه مسألة من مسائل أصول الفقه. وهي: أنَّ النَّهي المطلق عن العقود الشرعية والأفعال الشرعية ما حكمه؟

قال علماؤنا: حكمه تقرير المشروع وجعله أداء العبد إذا باشره فاسداً إلاَّ بدليل.[٤]

وقال الشافعي: حكمه رفع المشروع ونسخه إلاَّ بدليل.[٥]

وقد ذكرنا في أصول الفقه[٦] وإنما الكلام هاهنا التخريج على ما أجمع

١ـ المِلْك: في اللغة:احتواء الشيء، والقدرة على الاستبداد به.وهو اسم من مَلِكْتُ الشيءَ أملِكُهُ مُلْكاً ومِلْكاً ومَلَكاً، والفاعل: مَالِكٌ، والجمع: مُلاَّكٌ. ومَلَّكَهُ الشيءَ تمليكاً: أي جعله ملكاً له. (الصحاح: ١٦٠٩/٤ ، لسان العرب: ٩٤٢/١٠ ، المصباح المنير: ٥٧٩/٢).
وفي الشرع: هو القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع. (البحر الرائق: ٢٥٧/٥)، فخرج بالابتداء قدرة الوكيل والوصي والتولّي.
قال: بعض الفقهاء بأنَّ الملك: هو الاختصاص الحاجر. (البحر الرائق: ٢٥٧/٥ نقله عن الحاوي) ، وذلك صحيح في ثبوت حكم الاستيلاء على الأشياء المباحة، وهو نوع من أسباب الملك. (راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص ٤٨٦ ، والرد المختار: ٤٦٣/٦)

٢ـ ولكل واحد من المتعاقدين فسخ العقد الفاسد مادام بحاله (اللباب في شرح الكتاب: ٢٩/٢)، يرجع للمسألة إلى: مختصر الطحاوي: ص ٨٥ ـ ٨٦ ، والكتاب للقدوري: ٢٨/٢ ـ ٢٩ ، الهداية: ٤٥/٦ ، ٩٢ ، وما بعدها ، وتحفة الفقهاء: ٥٨/٢ ـ ٥٩

٣ـ ولا فرق عند الشافعية بين الفاسد والباطل، فهما مرادفان، كما سبق قريباً. (راجع المستصفى: ٩٥/١ ، المحصول: ج١/ق١٤٣/١ ، إحكام الأحكام للآمدي: ١٣١/١)

٤ـ راجع للمزيد من المعرفة في ذلك إلى ميزان الأصول: ص ٤٢ وما بعدها، والمغني للخبازي: ٧٥ ـ ٧٦ ، وكشف الأسرار على أصول البزدوي:٣٥٨/١ ـ ٣٥٩ ، وفتح الغفار بشرح المنار: ٧٩/١ ـ ٨٣

٥ـ يرجع إلى المستصفى للإمام محمد الغزالي: ٢٤/٢ ، ٢٧ ـ ٢٨ ، والمحصول للرازي: ج١/ق٥٠٠/٢ ، ٥٠٤ ، وراجع أيضا فواتح الرحموت لشرح مسلم الثبوت: ١/ ٣٩٦ ، ٣٩٨ .

٦ـ يعني كتابه تقويم الأدلة. راجع القول المطلق وحكمه من هذا الكتاب (اللوحة ١٦ وما بعدها من نسخة ستنبيتي)

عليه.

وحجة الشافعي على التخريج على الأصل وهو: أنّا أجمعنا أنَّ النَّهي متى ورد لمعنى في غير المنهي عنه أوجب رفعه ونسخه. وإذا كان لمعنى في غيره حرم المباشرة ولم يتعرض لأصله.

مثال الأول: النهي عن بيع الحُرِّ[١] والملاقيح[٢]

وهذا؛ لأنَّ البيع عقد تمليك المال[٣] فلا ينفعل[٤] إلاَّ في مال وينعدم بانعدام المالية، كما ينعدم القتل فيما لا حياة له، والحرُّ ليس بمال، وكذلك الماء في الصُلب والرحم، فلا جرم انعدم العقد أصلاً.

١ـ لقد جاء في حديث أخرجه البخاري في البيوع/ باب إثم من باع حراً (عمدة القاريء: ٢٧/١٠) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: ((قال الله: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثمَّ غدر ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه حقه.))

٢ـ جاء النهي بلفظه في حديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه: ٢١/٨ عن ابن عمر، وفي حديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ كتاب البيوع/باب ما لا يجوز من بيع الحيوان ٦٥٤/٢ بطريق ابن شهاب عن سعيد بن المسيب مرسلاً.

ولفظ حديث ابن عمر رضي الله عنه: عن النبي ﷺ أنَّه ((نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة))

قال: والمضامين: ما في أصلاب الإبل، والملاقيح: ما في بطونها، وحبل الحبلة: ولد ولد هذه الناقة

٣ـ المال في اللغة:ما ملكته من جميع الأشياء، والجمع أموالٌ، يقال: مَالَ الرجل يَمَالُ مالاً: إذا كثر ماله، فهو مالٌ وامرأة مالة.

وتَمَوَّلَ: اتخذ مالاً. قاله في المصباح:(٥٨٦/٢)

«قول الفقهاء: ما يُتَمَوَّلُ: أي ما يُعَدُّ ملاً في العرف» (يرجع للمعنى اللغوي إلى لسان العرب: ٦٣٥/١١ ، ٦٣٦ ، والمصباح المنير: ٥٨٦/٢).

وفي الشرع: هو ما يميل إليه الطبع، ويدخر لوقت الحاجة، أو ما خلق لمصالح الآدمي، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار. (البحر الرائق: ٢٥٦/٥ ، ٢٥٧ ، منحة الخالق: ٢٥٧/٥).

والمالية: هي ثبوت التموُّل في شيء. قال في البحر الرائق (٢٥٦/٥): «المالية إنَّما ثبتت بتمول النَّاس كافة أو بتقويم البعض. والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع له شرعاً. فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول النَّاس لا يكون مالا كحبَّةِ حنطة، وما يكون مالاً بين النَّاس ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوماً كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم»

٤ـ في نسخة (أ)"يفعل"

ومثال الثاني: النَّهيُ عن البيع وقت النِّداء يوم الجمعة[١]، فإنَّه جاء لمعنى في غير البيع، وهو الاشتغال عن السعي إلى الصَّلاة بسبب البيع، حتَّى إذا اشتغل عنه بلا بيع كان حراماً، والاشتغال عن السعي غير البيع، ولا يتصل به ولا يصير منه. فحرمت المباشرة، وبقي البيع / في نفسه جائزاً كما كان إذا باشر صحَّ [٣٣٠/أ]

وكذلك الاستيام على سوم أخيه حرام لوحشة تلحق الآخر. وما هو من البيع شيء[٢]

قال الخصم: لما ثبت أن النهي على هذين النوعين وأجمعنا على أن النهي فيما نحن فيه أوجب فساد العقد، علم أنه جاء لمعنى في عينه، فيرفعه أصلا ويعدمه.

وعلى هذا: النَّهي عن صوم يوم النَّحر والعيد[٣] لما أوجب فساد ذلك الصَّوم حتَّى لا يتأدى به قضاء صوم وجب مطلقاً. علم أنَّه جاء لمعنى في عينه فأعدمه أصلا، وصوم النَّحر مذكور في الصوم.[٤].

قال: ولأنَّا نهينا عن بيع وشرط، وبيع الدرهم بالدرهمين لمعنى راجع إلى

١ـ بقوله عزَّ وجلَّ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ سورة الجمعة: ٩

٢ـ لقوله ﷺ: «لايسم المسلم على سوم أخيه» أخرجه مسلم في البيوع:(١١٥٤/٣ ـ ١١٥٥)، وفي النِّكاح:(١٠٣٣/٢)عن أبي هريرة رضي الله عنه.
ومعنى الاستيام على السوم هو: أن يتفق صاحب السلعة والراغب فيها علىالبيع، ولم يعقداه، فيقول آخر لصاحبها: أنا أشتريها بأكثر. أو يقول للراغب. أنا أبيعك خيراً منها بأرخص. وذلك حرام بعد استقرار الثمن. وأما السوم في السلعة التي تباع فيمن يزيد فليس بحرام. قال في عمدة القاريء:(٣٥٠/٩) «إنَّما حرَّم بيع البعض على بعض؛ لأنَّه يوغر الصدور، ويورث الشَّحناء».
أمَّا ذكر الأخ فقد خرج مخرج الغالب تذكيراً أنَّ من تعامله بهذه المعاملة يكون غالباً أخوك في دين الله. عمدة القاريء:(٣٤٩/٩ : ٣٥٠)، شرح النووي على صحيح مسلم: ١٥٨/١٠

٣ـ وفي النَّهي عن صومهما أحاديث كثيرة. منها حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه المتفق عليه، قال: «هذان يومان نهى رسول الله ﷺ عن صيامهما، يوم فطركم من صيامكم، واليوم الآخر تأكلون فيه من نسككم» الحديث في البخاري في الصوم باب يوم الفطر (عمدة القاريء ١٨٢/٩ وفي مسلم-الصيام/باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى ٧٩٩/٢)
ومنها حديث أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما المتفق عليه. (راجع عمدة القاريء: ١٨٣/٩ ـ ١٨٤ ، مسلم: ٧٩٩/٢ ، ٨٠٠ ، وحديث عائشة رضي الله عنها عند مسلم ٨٠٠/٢)

٤ـ في أوائل مسألة صوم يوم العيد وأيَّام التَّشريق

نفس البيع؛ لأنَّ الفساد في الدرهم بالدرهمين للدرهم الزَّائد. وهو من نفس البيع؛ لأنَّه ثمن وفي البيع والشرط لمكان الشرط، وإنَّه يصير من نفسه إذا شرط فيه كالشروط الجائزة من نحو شرط الخيار ثلاثة أيام وشرط الأجل، فإنَّ الثَّمن يصير مؤجلاً لا شيء آخر منفصل عنه. فكذلك إذا كان مجهولاً أو الخيار.

وكذلك القياس يدل عليه، وهو: أنَّ البيع عقد تمليك فالفاسد منه لا يوجب الملك قياساً على النِّكاح فإنَّ فاسده لا يوجب الملك حتى لا يملك الأحكام المختصة بالملك من الطلاق والظهار[١] والإيلاء[٢] وإنَّما يثبت النسب إذا استولدها[٣] ويجب المهر بتأويل الملك على قول من يجيزه. كما إذا زفت إليه غير امرأته فدخل بها على ظنِّ أنَّها امرأته. وتأويل ملك النِّكاح غير الملك؛ وهذا لأنَّ الملك بهذا السبب حكم مشروع والفاسد غير مشروع.

١ـ الظِّهار في **اللغة**: من تَظَاهَرَ، وهو بمعنى تدابر. يقال: تظاهر القوم: أي تدابروا، كأنَّه ولَّى كلُّ واحد منهم ظهره إلى صاحبه.
والظهار: قول الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمِّي، قال في المصباح: (٣٨٨/٢) «ظَاهَرَ من امرأته ظهاراً، وتظهَّرَ إذا قال لها: أنت عليَّ كظهر أمِّي. قيل: إنَّما خصَّ ذلك بذكر الظَّهر؛ لأنَّ الظَّهر من الدَّابة موضع الركوب، والمرأة مركوبة وقت الغشيان، فركوب الأمِّ مستعار من ركوب الدَّابة، ثمَّ شبه ركوب الزوجة بركوب الأمِّ الذي هو ممتنع. وهو استعارة لطيفة، فكأنَّه قال: ركوبكِ للنكاح حرام عليَّ».
وفي **الشرع**: تشبيه المسلم زوجته أو ما يعبر به عنها أو جزءاً شائعاً منها بمحرمة عليه تأبيداً. (اللباب في شرح الكتاب: ٦٧/٣ ، الكفاية: ٨٥/٤).
وأمَّا ما ذكر في المعنى اللغوي من ظهار الرجل زوجته بأن يقول: أنت عليَّ كظهر أمِّي، فهو لفظ صريح في وقوع الظهار، وهو الأكثر وقوعاً.
والظِّهار كان طلاقاً في الجاهلية. جاء الإسلام فأبطل هذا الحكم وأوجب الكفارة على من ظاهر من امرأته تغليظاً في النَّهي

٢ـ الإيلاء: في اللغة: الحلف مطلقاً من آلَى، يُؤلي إيلاءً: أي حلف (الصحاح: ٢٢٧/٦ ، والمصباح المنير: ٢٠/١).
وفي **الشرع**: هو الحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعداً (فتح القدير لابن الهمام: ٤٠/٤ ، والكفاية/: ٤١/٤).
إنَّ من شروط الطلاق والظِّهار والإيلاء من رجلٍ أن تكون المرأة زوجة له. (مختصر الطحاوي: ص٢٠٧ ، ٢١٢ ، بدائع الصنائع: ١٢٦/٣ ، ٢٣٢ ، والكفاية: ٤١/٤ ، ٨٦ ، واللباب في شرح الكتاب: ٣٧/٣ ، ٦٠ ، ٦٩) راجع لمعرفة مسائلها وأحكامها إلى أبوابها

٣ـ أي يثبت نسب المولود في النِّكاح الفاسد؛ لأنَّ النسب مما يحتاط في إثباته إحياءً للولد. (وللمزيد راجع البحر الرائق: ١٧١/٣)

ولا يلزم عليه الكتابة الفاسدة[١] لأنَّها ليست بعقد تمليك على الحقيقة؛ لأنَّ المولى لا يملك على العبد شيئاً حقيقة. وما يجب للعبد يجب بإسقاط ملك لا تمليك على ما عرف ولأنَّهلايقع للعبد بها إلاَّ ملك يدٍ، فأمَّا إذا أدى فإنَّه يعتق. وما ذاك أيضاً بملك.

ثمَّ الجواب بطريق المفاقهة: إنَّ الكتابة من وجه معاوضة، ومن وجه تعليقٌ عنّا وشرط الأداء أنه يمين. فالنهي وإن أفسد الكتابة فلا يفسد اليمين[٢] فإنَّ من قال لعبده: إن قتلت إنسانا عمداً فأنت حر؛ صحت اليمين[٣] وإن كان ذلك الفعل الذي عقد عليه اليمين فاسداً؛ لأنَّ اليمين يصح لإيجاب الجزاء إذا وجد شرطه لا لإيجاب

١ـ الكتابة: في اللغة: بمعنى الجمع. ومنها الكتيبة وهي القطعة العظيمة من الجيش؛ لأنها تكتَّبت فاجتمعت. ومنه قيل: كتبت الكتابة؛ لأنَّها يجمع حرفاً إلى حرفٍ. (الصحاح: ٢٠٨/١ ، لسان العرب: ٧٠١/١). قال في اللسان (٧٠٠/١): «سميت الكتابة بمصدر كَتَبَ ؛ لأنَّه يكتب على نفسه ثمنه ويكتب مولاه عليه العتق».

وفي الشرع: هي جعل حرية الرقيق في المآل الى حرية اليد في الحال. (تكملة البحر الرائق:٤٠/٨ ، أنيس الفقهاء:ص١٦٩) أو بلفظ آخر: هو تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل (كنز الدقائق:٤٠/٨ ، التعريفات:ص١٨٣ ، المغرب: ٢٠٦/٢). الكتابة الفاسدة: هي التي فاتها شيء من شرائط الصحة. وذلك كفوت بدل الكتابة بسبب عدم الصلاحية للبدلية أو بسبب الجهالة الفاحشة فيه. كالكتابة على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد فاسدة؛ لأنَّ الخمر و الخنزير ليسا بمال في حق المسلم فلا يصلحا بدلاً. وأما القيمة؛ فلأنَّها مجهولة قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة. وإن أدَّى العبد ماكوتب عليه من الخمر أو الخنزير عتق بالأداء ولزمه أن يسعى في قيمة نفسه؛ لأنَّه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد. وقد تعذر ذلك بالعتق، فيجب رد قيمته. (يراجع إلى بدائع الصنائع:١٥٨/٤، والهداية وشروحها:١٠/٨ ، واللباب في شرح الكتاب:١٣١/٣)

٢ـ لأنَّ العتق حينئذٍ يكون بواسطة حصول شرط تعلق به، لا بعقد الكتابة. (الهداية:١٠/٨ ، والعناية:١٠/٨-١٠١)

٣ـ اليمين في اللغة: القوة والشدة. وتجمع على أيمن وأيمان. (المصباح المنير:٦٨٢/٢، والصحاح:٢٢٢٠/٦) اليمين والقسم مترادفان. قيل بسمّي القسم يمينا لوجهين:

أحدهما: أنَّ اليمين هو القوة. والحالف يتقوى بالأقسام على الحمل أو المنع

والثاني: لأنَّ الحالفين يتماسكون بأيمانهم عند القسم أو كان يضرب كلٌّ امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه. (الصحاح:٢٢٢١/٦ ، والمصباح المنير:٦٨٢/٢ ، فتح القدير لابن الهمام:٣٤٧/٤).

وفي الشرع: تقوية أحد طرفي الخبر بذكر اسم الله تعالى أو التعليق. (التعريفات:ص٢٥٩، وأنيس الفقهاء:ص١٧١، كنز الدقائق:٢٧٦/٤)

واليمين المذكور هنا بمعنى التعليق أو الاشتراط. قال الجرجاني في التعريفات (ص٢٥٩): « فإنَّ اليمين بغير الله ذكر الشرط والجزاء، حتَّى لو حلف أنْ لا يحلف وقال: إن دخلت الدَّار فعبدي حرٌ، يحنث» ونحوه في أنيس الفقهاء: ص١٧١

الشرط، فيكون صحته في ملك الجزاء يتصور الشرط حسًّا لا مشروعاً، فلذلك لم ينعدم في حق الجزاء وإن لم ينو الشرط.

وتعليلنا لبيان الإعدام شرعاً: إلاَّ أنَّ العبد يضمن قيمته؛ لأنَّ المولى لم يرض بعتقه مجاناً لما جعل العتق بالأداء بحق المعاوضة، فضمن القيمة لعدم الرضا كما أنَّ المقبوض بسوم البيع مضمون، وإن كان بإذن؛ لأنَّه لم يرض به مجاناً لما أذن بحكم العقد وإن كان العقد معدوماً فهذا مثله.

ولأنَّ الرِّبا بيع حرام بنص الكتاب [١] فلا يوجب الملك كبيع الحرِّ وشراء الخمر. فإنَّه لا يملك الخمر، وإن قبضه. يدل عليه أنَّ الخمر حرام في نفسها[٢] لأنَّه لا يجوز الانتفاع بها بحال. فشراء الشيء بالخمر لا يوجب الملك فيما اشترى به كالشراء بالبول والدَّم.

ولأنَّ الفساد معنى، منع البيع عن إيجاب الملك قبل القبض فيمنع كذلك، وإن قبض كخيار الشرط للبائع ومع الشدَّة في الخمر، وهذا؛ لأنَّ البيع على ما شرعه الله موجب للملك بنفسه لا بالقبض، كإذا اتصل به (ما)[٣] منعه الملك تحقق مانعاً لقيام العلة بلا حكم. ولمَّا بقي المانع مع القبض كان المنع قائماً بخلاف الهبة[٤] فإنَّها لا يوجب الملك إلاَّ بالقبض؛ لأنَّها ليست بعلة بنفسها إلا بالقبض فكان عدم العمل لنقصان العلة لا لمانع فيه كالوصية[٥] لا توجب الملك إلاَّ بالموت؛ لأنَّها لا

١ـ وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوا...﴾ سورة البقرة ٢٧٥

٢ـ لقوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذين آمنوا إِنَّمَا الخَمْرُ والمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَٰنِ فَاجْتَنِبُوه لَعَلَّكُمْ تفْلِحُون﴾ سورة المائدة: ٩٠

٣ـ في نسخة (ب) مما

٤ـ الهِبَة: في اللغة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض (لسان العرب: ٨٠٣/١).
وعرفها الفقهاء: بأنَّها تمليك العين بلا عوض. (كنز الدقائق: ٢٨٤/٧ ، العناية: ٤٧٩/٧ ، الكفاية: ٤٨٠/٧ ، اللباب: ١٧١/٢).
الهبة توجب الملك بالقبض؛ لأنَّ القبض شرطه بخلاف البيع؛ لأنَّ القبض فيه مضمون، فلا ينوب عنه قبض الأمانة، أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه. (الهداية: ٤٧٩/٧ وما بعدها ، اللباب: ١٧٣/٢)

٥ـ الوصية في اللغة: من أَوْصَى الرجلَ، ووَصَّاه: عهد إليه. وهي اسم بمعنى المصدر، ثمَّ سمي الموصى به. قال في اللسان (٣٩٤/١٥): «الوصية ما أوصيته به» أوصيت له بشيء، وأوصيتُه إليه: إذا جعلته وصيك، والاسم: الوِصَايَة والوَصَايَة (الصحاح: ٢٥٢٥/٦ ، لسان العرب: ٣٩٤/١٥ ، و المغرب: ٣٥٧/٢ ، ٣٥٨)
وفي الشرع: هي اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته.
(بدائع الصنائع ٣٣٣/٧ و نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٣٤١/٩)

تتم إلاَّ به. ثمَّ الدين لمَّا منع الملك بالموت منع وإن قبض أيضاً

ولأنَّ المقبوض بالبيع الفاسد مضمون عليه بأوصافه، فإنه إذا انتقص وصف منه في يده فرد الأصل ضمن الوصف.

كذلك الزوائد المنفصلة[١] إذا حبسها ورد الأصل فدل أنه قبض غصب لاقبض ملك[٢] إذ لو كان ملكاً لحصلت الزوائد المنفصلة أو المتصلة[٣] على ملكه فكان لا يضمنها بالحبس عن غيره ولا وجب ردَّها، وإن ردَّ الأصل كما لو كان البيع صحيحاً على مذهبنا وعلى مذهبك كما في الهبة الصحيحة إذا ولدت عند الموهوب (له)[٤] ثمَّ رجع الواهب في الأصل بقي الولد عند الموهب له.

ولعلمائنا: قوله الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ الله البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَوا...﴾[٥] فالله تعالى حكى عن الكفرة أنَّهم قالوا: إنَّما البيع مثل الربوا أي أنَّه ضرب عادة وسبب للتمليك كالبيع، وأنَّه اسم لنوع منه ثمَّ قال: بينهما فرق في الحلِّ والحرمة، فبقي فيما وراء ذلك من الأحكام على ما كانوا عرفوه[٦] إلاَّ ما ينفيه التَّحريم ضرورة فمن ادَّعى أنَّ من ضرورة اتصافه بالحرمة انعدامه احتاج/ إلى دلالة [٣٣٠/ب] بل وَصْفُ البيع بالحرمة دليل على وجوده في نفسه ليصير محرماً

١ـ كالولد والثمر واللبن

٢ـ هناك فرق بين قبض الغصب، وقبض الملك؛ لأنَّ القبض غصباً غير شرعي فيأثم فاعله بخلاف قبض الملك. ثمَّ يجب على الغاصب رد العين المغصوبة ما دامت قائمة، وإن هلكت عليه ضمان مثلها إن كانت المغصوبة مثلية، وإن كانت مما لا مثل لها فعليه قيمتها يوم الغصب (اللباب: ٢/١٨٨).

وأمَّا في قبض الملك بالبيع فلا يجب على من قبض السلعة إلاَّ الثَّمن المتفق عليه. ولذا عرَّف الجرجاني ضمان المبيع بأنَّه: «ما يكون مضموناً بالثمن قلَّ أو كثُر» (التعريفات للجرجاني: ص١٣٩). ذهب الشافعية إلى أنَّ القبض بالبيع الفاسد قبض غير مشروع ويتفق مع قبض الغصب فيتفقان في الحكم. قال في الاصطلام (٢/١٠٣/أ): «البيع الفاسد لا يوجب الملك بحال عندنا، اتصل القبض بالمبيع أم لم يتصل وهو لغو غير منعقد»

٣ـ كالسَّمن والجمال

٤ـ غير موجودة في نسخة (أ)

٥ـ سورة البقرة ٢٧٥

٦ـ أي ما عرف النَّاس من البيع والشِّراء

فإن الوصف لا يثبت إلاّ بعد قيام الموصوف كتحريم الأمّ يقتضي وجود الأم .

وأمّا التّخريج على الأصل المجمع عليه فحجة لنا ، وذلك لأنَّ هذا نهي جاء لمعنى في غير البيع بأصله، فلا يرفع أصله ولا يعدمه شرعاً قياساً على البيع يوم الجمعة وقت النداء على ما مرّ[١].

وإنّما قلنا ذلك؛ لأنَّ البيع وجوده بصورة العقد من العاقدين في عوضين ينفعل فيهما وبالشرط لم يعين صفة العاقدين ولا صفة العوضين، وكلامنا في رجلين وعوضين يتمُّ العقد منهما (فيهما)[٢] لولا الشرط. فكان الشرط أمراً زائداً، وكان غير العقد.

وكذلك بيع الدرهم بالدرهمين، إنما حرم لمكان الفضل. وإنّه زائد على ما كان يتم العقد بدونه فكان غيره.

فإن قيل:لَكان هذا لَكان لايفسد العقد، قلنا: هو مسألة أخرى. وكلامنا كان لبيان أنَّ هذا النّهي من قبيل ما لاينعدم المنهي عنه، ولايرفعه. ثمَّ إذا لم يرتفع القسم إلى قسمين جائز وفاسد. ثم الجواب أنّه إنّما فسد؛ لأن المعنى الذي لأجله ورد النّهي وإن لم يتصل بأصل المنهي عنه فقد اتصل بوصفه؛ لأنَّ المنهيَّ عنه البيع والشرط إذا أدخل فيه يصير منه ومن حقوقه وكوصف له؛ فإنّه يقال: بيع لازم وغير لازم[٣]لمكان شرط الخيار، وبيع حالٍ ونساءٍ لمكان الأجل،وشراء رابح لمكان زيادة مااشترى. ولمّاجاء النّهي لمعنى في وصفه لا في أصله رفع وصف البيع لا أصله. و وصف المشروع إنّه بيع حلال جائز فارتفع الوصف وصار حراما وفاسدا وبقي الأصل بيعا موجبا للملك، ولا يلزم النكاح بغير شهود[٤] فإنّه انعدم ولم يبق موجِباً للملك. وقد نهينا عنه لمعنى الشهود. وهو غير ما عليه النكاح وكانوا بمنزلة من حيث يصير

١ـ راجع ص : ٨٨

٢ـ غير موجودة في نسخة (ب)

٣ـ يراجع لتعريف البيع اللازم وغير اللازم إلى ص: ٨١

٤ـ ذهب الجمهور - منهم الحنفية والشافعية، والحنبلية في المشهور- إلى أنَّ النكاح لاينعقد بغير شهادة، خلافاً لمالك - رحمه الله - فإنّه ذهب إلى صحة انعقاده اذا أعلنوه. (يراجع تحفة الفقهاء: ١٣١/٢، والهداية وشروحها:١١٠/٣، ويراجع أيضا كتاب النكاح من هذا الكتاب - مسألة: ومن شرط النكاح الشهادة، والمهذب:٤١/٢، والمغني:٤٥٠/٦ - ٤٥١ ، والمنتقى للباجي:٣١٢/٣ - ٣١٣)

العقد مصونا بهم عن الفساد بالإنكار. فهذا لايلزم، لأنّا بهذا النهي نجعله حراما فاسدا. ولانعدامه أصلا حتّى نثبت به النسب و نوجب المهر. وإذا وطئها مرارا لم يجب الاّ مهر واحد كما في النكاح الصحيح. ولكن لم يثبت الملك الذي يثبت بالصحيح وهو المحلل للوطء؛ لأنّ الثابت من الملك الفاسد ملك حرام كما في البيع الفاسد؛ لأنّ السبب حرام. وما للنكاح محل يثبت فيه الملك فيصير مملوكا من منافعها أو رقبتها ليبقى الملك فيه مع قيام الحرّية في حقّ الفعل. وإنّما يظهر الملك في أن يكون المستوفى بالوطء حلالاً له. ولذلك تسمّى المرأة حلالاً والطلاق تحريماً. فإذا أذهب بالفساد صفة الحلّ والملك لا بقاء له بدونه ولا أثر له. انعدم الملك لا بالنّهي ولكن بذهاب صفة الحل.

وفي مسألتنا هذه الحل وإن ذهب لم يقتضِ ذهاب الملك، لأنّ المملوك عين وإن حلّ الانتفاع به صفة بعد الملك فجاز زواله مع بقاء أصل الملك. ألا ترى أنّ الخمر يحرم في نفسه ويبقي الملك. وكذلك جلد الميتة. والمرأة متى حرمت بالرضاع كما يحرم العصير بالتّخمُّر، ثمّ انتفى ملك النكاح. والإيلاء والظهار[١] تصرفات تملك بالملك الذي وصفناه. فإذا لم يثبت لم تملك هذه التصرفات. ولمّا ثبت ملك الرقبة في ملك اليمين مع الحرمة ملك التصرُّفات فيه أيضاً.

وبيان حقيقة الملك في النكاح: وإنه لا بقاء له مع الاتصاف بالحرمة مذكور في النكاح[٢] وفي الطلاق في مسألة الطلاق الرجعيّ لايحرم الوطء[٣] وإنّما ذكرنا قدر ما يدفع البعض وأنه يدفع بالمذهب لا بالحجّة على أنّا ذكرنا ما هو أصل الحجّة. وإنما أجلنا إلى كتاب آخر وجوه الاعتراض عليه. وبينا حدّ المناظرة لدفع السائل على الاعتراض ونقل الكلام إليه.

فثبت الآن أنّ النّهي أنواع ثلاثة:

١ـ راجع لتعريف الإيلاء والظهار إلى ص: ٨٩

٢ـ راجع حكم النكاح (اللوحة:٨٨/ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ـ راجع اللوحة ٢٢٨/ب من نسخة سراى أحمد الثالث، قال فيه:(فأمّا ملك أصل النكاح فلا ينجزإلاعن ملك الوطء، والحل على ما فسرنا أنّه هو بعينه ولايمكن أن يقال بحرمة الوطء في نفسه مع بقاء أصل الملك)

ما جاء لمعنى في غيره[١] بلا اتصال بالمنهي عنه أصلا ولا وصفاً[٢] وهذا لا يرفعه ولا يعدمه[٣]

ونوع لمعنى في أصل المنهي عنه[٤]

وهذا يرفعه ويعدمه ولا يبقى مشروعاً بعده.

ونوع لمعنى في وصف المنهي عنه لا في أصله[٥]

فهذا يرفع وصفه ـ وهو الحل والجواز ـ ولا يرفع أصله بقدراتصاله به وهذا كما قالوا في الأمة إذا احرمت[٦] فجامعها مولاها ارتفع به أصل الإحرام؛ لأنَّ الإحرام

١ـ أي في غير المنهي عنه

٢ـ كوطء الزوجة حالة الحيض للأذى والبيع عند أذان الجمعة، والصَّلاة في الأرض المغصوبة، فإنَّ وطء الزوجة في حالة الحيض منهي عنه للأذى المجاور، وهو قابل للانفكاك أي: ليس أصل النهي عنه ولا وصفه، والبيع عند أذان الجمعة منهي عنه لما فيه من الاشتغال عن السعي إلى الجمعة، وأمَّا الصَّلاة في الأرض المغصوبة فمنهي عنها لمعنى شغل ملك الغير وإيذاء المالك (فتح الغفار شرح أصول المنار: ٧٨/١).

٣ـ أي أنَّ الأصل يبقى مشروعاً للقابلية للانفكاك، وعدم التأثير في إفساد الأصل. وفي مثال الصَّلاة أنَّ المصلي مطيع بالصَّلاة وعاص بشغل ملك الغير. (فتح الغفار شرح المنار: ٧٨/١ ، والمغني للخبازي: ص٧٣)

٤ـ كالكفر وبيع الحر والصلاة بغير طهارة. الكفر منهي عنه لما فيه معنى كفران المنعم وإنكار الصانع، وبيع الحر منهي عنه لعدم المحل؛ لأنَّ المحل المال وهو ليس بمال. وأمَّا الصَّلاة بغير طهارة فهي منهي عنها؛ لأنَّها فاقدة شرط الطهارة لأهلية أدائها، حيث لم يجعل الجنب والمحدث أهلا لها. ولا يتصور وجود الشيء حقيقة من غير الأهل حقيقة. (ميزان الأصول: ص ٢٢٩ ، المغني للخبازي: ص ٧٢ ، فتح الغفار: ٧٨/١)

٥ـ كالربا وصوم يوم النحر ونحوهما. ورد النهي عن الربا لانعدام المساواة التي هي شرط جواز البيع في الأموال الربوية؛ لأنَّ الربا هو البيع المشتمل على الزيادة المحرمة وهو مشروع بأصله ـ وهو مبادلة المال بالمال ـ ، غير مشروع بوصفه ـ وهو كونها تامة وهو المساواة ـ.

وكذا ورد النَّهي عن صوم يَوم النَّحر لمعنى اتصل بالوقت الذي هو محل الأداء وصفاً، وهو عيد ويوم ضيافة ، والإعراض عن ضيافة الله تعالى قبيح. (المغني للخبازي: ص ٧٣ ، وفتح الغفار: ٨٠/١)

٦ـ أي أحرمت للحج.

والإحرام في اللغة: مصدر من أحرم، يقال: أحرم الرجل: إذا دخل في حرمة لا تهتك.

والحرمة: مالا يحل انتهاكه، والإحرام والتحريم بمعنى . (الصحاح: ١٨٩٥/٥ ، ١٨٩٧ ، والمصباح المنير: ١٣١/١) .

وفي الشرع: هو الدخول في التزام حرمة ما يكون حلالا عليه قبل التزام الإحرام بالنيَّة والتلبية (المسلك المتقسط لعلي القاري ص٦٢)

وعرفه ابن نجيم في البحر الرائق (٣١٩/٢ ـ ٣٢٠) بأنه: «نية النسك من حج أو عمرة مع الذكر أو الخصوصية»

لم يقع لازماً في حق المولى والجماع رافع فرفعه أصلا. وإذا أحرمت الحرَّة أو الحرُّ ثم جامعها ارتفع الصحة، وبقي فاسداً، ويؤدي أفعال الحج على الفساد حتى لا يتأدى بها الذي وجب صحيحاً؛ لأنَّ الإحرام يعدُّ منها لازماً لا يحتمل الرفع قصداً فعمل في الوصف الذي يحتمل الارتفاع دون الأصل الذي لايحتمله.

وكذلك المكفر بالصَّوم إذا وجد ما يعتقه فسدت كفارته[١] ولم يبق ذلك الصَّوم كفارة وهي وصف للصَّوم، وبقي أصله وهو الصَّوم.

وإذا حلف/: لا يصلي الظهر، انعقدت اليمين فاسدة بدليل: أنَّ اليمين يعقد للبر [٣٣١/أ]

وهذه اليمين لا توجبه، ويلزمه أن يحنث بنفسه، وإذا حنث وجبت الكفارة لانعقادها يميناً؛ لأنَّ اليمين من حيث أنَّها عقد على فعلٍ متصورٍ فعلُه وتركه لم يكن النهي لمعنى في عينه؛ لأنَّ عينه بهذا يتم. ومن حيث أنَّ ذلك صار واجباً شرعاً. صارت اليمين على إيجاب تركه، وهذا الوصف منعدم منه. فيكون في حقه إضافة اليمين إلى مالا يوجد، فانعدم اليمين بوصفه وانعقد بأصله فصار حراماً فاسداً مستحق البعض كالبيع الفاسد.

وكذلك الظهار[٢] تحريم مشروع وهو حرام لا تحل مباشرته، وكذلك الإيلاء ولهذا[٣] كان الفيء في المدَّة توبة. وقد أتممنا شرحها في أصول الفقه[٤].

والجواب عن القياس على النِّكاح قد مرَّ[٥] وأمَّا عن القياس على الحرِّ وشراء الخمر: أمَّا الحرُّ فليس بمال[٦] والبيع لا ينعقد إلاَّ على مال. وأمَّا الخمر فقد نهينا عن تموُّل عينها والشراء تموُّل. ألا ترى أنَّ مستهلك عينها لا يضمن ولا قيمة

١ـ لوجوب الترتيب في كفارة الصَّوم والظهار عند جمهور الفقهاء والترتيب: هو عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً
(يرجع إلى اللباب: ١٦٧/١ ، ٧٠/٢ ، الهاية: ٢٦٤/٢ ، مختصر الطحاوي: ص ٥٤ ، ٢١٣ ، المنتقى للباجي: ٤١/٤ ، ٤٣ ، ٤٤ ، والمهذب: ١٩١/١ ، ١١٥/٢ ، كشاف القناع: ٣٢٧/٢ ، ٣٧٥/٥)

٢ـ سبق تعريفه لغة واصطلاحاً راجع ص : ٨٩

٣ـ في نسخة (ب) "ولذلك"

٤ـ راجع القول في النَّهي المطلق (اللوحة ١٦/أ وما بعدها من نسخة ستنبيتي)

٥ـ راجع ص : ٩٣ ـ ٩٤

٦ـ راجع تعريف المال والمالية إلى ص: ٨٧

نفسها. وكلامنا في مبيع قابل للتمول والتملك في نفسه، وليس الشراء بالخمر كالشراء بالدم؛ لأنَّ الدم ليس بمال ولا مملوك أيضاً. والخمر مال عندنا، ولها قيمة عند أهل الذمَّة إلاَّ أنَّ الشرع أبطلها في حقِّ المسلمين لئلا يتمولها المسلمون. لا أنَّه لا قيمة لها في نفسها كما أبطل قيمة الجودة بانفرادها من المكيل[١] والموزون[٢] على ما نذكر مع كونها متقومة في نفسها فصلحت لانعقاد البيع بها؛ لأنَّ صحة الانعقاد يتمُّ من غير (تملكها)[٣] وتمولها في ملكها.

وإنَّما قلنا: يتم بلا تملك الخمر فإنَّ أحد بدلي العقد إذا استحق ولم يجزه المستحق بقي البيع عندنا في الآخر منعقداً. وبقي الملك لصاحبه، لكن فاسداً. فكذلك بالخمر ينعقد فاسداً بها فلا يقع (به)[٤] تمول الخمر. وهي فيما وراء التمول مال متقوم للمسلمين.

ثمَّ أنَّا نقول: إنَّ الخمر مال، وأنَّها متقومة في نفسها. عندنا مذهب نذكره لئلا ينتقض علينا قولنا في البيع بدم إنَّه لم ينعقد؛ لأنَّه ليس بمال كالحر. والدفع يكون بالمذهب، ولم يكن ذكر هذا المذهب من أشكال بيع الفاسد. بل هو من أشكال مال هو حرام.

فإن قيل: يجب تحقيقكم فساد عظيم، لأنَّ البيع اسم لمبادلة مال بمال شرطاً

١ـ المَكِيل والمَكْيُول: الشيء الذي يكال كالحنطة والشعير والسمسم. الكيل: المكيال.
والكيل: مصدر كِلْتُ الطعام كَيْلاً ومَكَالا، ومَكِيلاً، والاسم الكِيلَة. والمِكْيَال ما كيل به المكيلات. الكيلُ اسم عام لما يكال به. قال في اللسان: (٦٠٥/١١): «إنَّ كلَّ ما لزمه اسم المختوم والقفيز والمكُّوك والمد والصَّاع فهو كيل....» (الصحاح: ١٨١٤/٥ ، لسان العرب: ٦٠٤/١١ ، ٦٠٥ ، المصباح المنير: ٥٤٦/٢)

٢ـ الموزون: الشيء الذي يوزن كالذهب والفضة.
والوزن: مصدر من وَزَنْتُ الشيءَ وَزْناً وزنَةً. وهو روْز الثقل والخفة. قال الليث: « الوزن: ثقل شيء بشيء مثله كأوزان الدراهم. ومثله الرَّزن» (لسان العرب: ٤٤٦/١٣).
ويقال للآلة التي يوزن بها الأشياء: ميزان. وجمعه موازين. يقال: وَزَنَ فلان الدارهم وَزْناً بالميزان، والوزنُ: اسم عام أيضاً لما يوزن به. قال في اللسان (٦٠٥/١١): «كلُّ ما لزمه اسم الأرطال والأواقي والأمناء فهو وزن» (الصحاح: ٢٢١٣/٦ ، لسان العرب: ٤٤٦/١٣ ، ٤٤٧).
(راجع لمزيد من المعرفة في المكيال والميزان إلى كتاب (الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان) لابن رفعة المتوفى سنة ٧١٠هـ. طبع بمركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة

٣ـ في نسخة (أ) ملكها

٤ـ غير موجودة في نسخة (أ)

ولا ينعقد بدونه بالإجماع فإذا لم يجب الملك في الثاني بما تبادلا، صارت المبادلة بالقبض غير ما ذكرنا، فانعدمت الأولى. والقبض على جهة البيع بنفسه لا يوجب الملك كالقبض بسوم البيع.

قلنا: إنَّ العقد الصحيح يقع مضموناً بالقيمة[١] وكذلك القبض بحق العقد الصحيح حتى إذا اشترى شيئاً هو عنده كان مضموناً عليه بالقيمة أو عينه كالمغصوب[٢] لم يحتج إلى قبض جديد. وإذا كان أمانة أو مضموناً بغيره كالرهن احتيج إلى قبض جديد للشراء حتى يكون الهلاك عليه، ويتم العقد به إلا أنَّ ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط منهما بتراضيهما مقام ذلك.

ولهذا القول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة وهو ضمان عقد[٣] عندنا؛ لأنَّ الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان الأصلي[٤] وكذلك إذا اشترى شيئاً على أنَّ البائع بالخيار وقبض كان مضموناً عليه بالقيمة؛ لأنَّ الثمن بعد لم يقم مقام القيمة لمعنى الخيار.

وها هنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط، فلم يسقط الضمان الأصلي فوجبت القيمة متى تمَّ العقد بالقبض، ووقع الملك بالضمان الذي يوجب العقد متى انعقد البيع ولم يكن غيره.

وأمَّا قوله: الفساد معنى منع عن إيجاب الملك فلا كذلك، بل الفساد يضعف السبب فالتحق بالهبة والتبرعات وسبب الملك إذا ضعف لم ينهض لإيجاب الملك إلاَّ بأن يتقوى بالقبض كالهبة، فكان انعدام الملك قبل القبض لقصور السبب في نفسه لا لمانع كما في الهبة.

والجواب عن الأخير: أنَّ هذا القبض حرام واجب الرفض مضمون الرد فأشبه

١ـ أي يغرم المشتري قيمة المبيع في حالة هلاكه بيده

٢ـ أي أنَّ المال المغصوب مضمون بعينه إذا كان باقياً في يد الغصب، وفي حالة الهلاك يكون مضموناً بالمثل، إن كان مثلياً كالحنطة والشعير أو بالقيمة إن كان قيميًّا كالأعيان المتفاوتة. راجع للمزيد من المعرفة: كتاب الغصب ٢/٨٧ ـ ما بعدها.

٣ـ أي ضمان بموجب العقد.

٤ـ في حالة ثبوت الثمن يكون المبيع المقبوض بسوم الشراء مضموناً بالثمن سواء قلَّ عن القيمة أو كثر.

الغصب ومن حيث أنَّه تتميم لسبب الملك أشبه قبض الهبة. فقلنا : إنَّه[١] يعتبر بقبض الهبة في حق الملك وجواز التصرف ويعتبر بالغصب في حق الردِّ، والضمان توفيراً على الشراء من حنطة.

أو نقول: لفساد وصفه يعتبر بالغصب ولثبوت أصله يعتبر بالبيع الصحيح.

فثبت أنَّ الفاسد بيع بأصله. وأنَّه أنواع على ما مرَّ[٢] والله أعلم.

☆☆☆☆☆☆

١ـ أي القبض بالبيع الفاسد

٢ـ راجع ص : ٨٤

فصـــــــــل

ما يفسد لمعنى في المحل[١] مع قيام المالية[٢]

مســـــــــألة

[الخـــلاف في علة الربـا]

بيع كلِّ مكيل أو موزون بجنسه رباً حرام مالم يتساويا كيلا فيما يكال ووزناً فيما يوزن، وكانا عيناً بعين[٣].

وقال الشافعي: بيع كلِّ مطعوم بجنسه أو ثمن بجنسه حرام رباً ما لم يكونا سواء بالمعيار الشرعي الذي جعل قدراً له ثم قبضاً بقبض في المجلس[٤]

واحتج[٥] بما روي عن النبي ﷺ: «أنَّه نهى عن بيع الطعام بالطعام إلاَّ سواء بسواءٍ»[٦] ولم يفصل بين القليل والكثير وما يكال ومالا يكال. إلاَّ أنا زدنا عليه

١ـ أي في المبيع

٢ـ راجع لتعريف المال والمالية ص : ٨٧

٣ـ يرجع للمسألة مختصر الطحاوي: ص ٧٥ ، والهداية: ١٤٧/٦ وما بعدها ، وبدائع الصنائع: ١٨٣/٥ وما بعدها، والبحر الرائق: ١٢٦/٦ وما بعدها.

٤ـ يرجع إلى: (روضة الطالبين: ٣٧٧/٣ ، ٣٧٨ ، والمهذب: ٢٧٧/١ ، ٢٨٠ ، فتح الوهاب: ١٦١/١).

قال في الروضة (٣٧٧/٣): «إنَّما يحرم الربا في المطعوم والذهب والفضة. فأمَّا المطعوم، فسواء كان مما يكال أو يوزن أم لا. هذا هو الجديد. وهو الأظهر، والقديم: أنَّه يشترط مع الطعم الكيل أو الوزن.

فعلى هذا لا ربا في السفرجل والرمَّان والبيض، والجوز وغيره مما لا يكال ولا يوزن.

وذكر أيضاً بأنَّ المراد بالمطعوم: ما يعدُّ للطعم غالباً تقوُّماً أو تأدماً أو تفكهاً أو غيرها. فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل وغيرها.

وأمَّا الذهب والفضة: فقال فيهما: قيل: يثبت فيهما لعينهما لا لعلة. وقال الجمهور: العلة فيهما صلاحية الثمنية الغالبة، وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالباً».

قال في الاصطلام (٨٥/٢أ): «حكم النَّص الوارد في إثبات الربا هو تحريم بيع المطعوم بجنسه إلاَّ عند التساوي في معيار الشرع. هذا في الأشياء الأربعة. وفي الذهب والفضة حكم النَّص هو تحريم بيع الذهب بجنسه أو الفضة بجنسها إلاَّ عند التساوي في معيار الشرع. وعلَّة هذا الحكم في الأشياء الأربعة الطعم، وفي الذهب والفضة الثمنية، ويعتبر عنه بجوهرية الأثمان فتدخل الحلي والتبر، وأمَّا الجنس في الموضعين شرط محض»

٥ـ أي الإمام الشافعي رحمه الله

٦ـ أخرجه مسلم عن معمر بن عبد الله في كتاب المساقاة، باب بيع الطعام مثلا بمثل (١٢١٤/٣) بلفظ «الطعام بالطعام مثلا بمثل» قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير .

الجنس لقوله ﷺ : ((إذاختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد))[١] وروي عنه: ((لاتبيعوا البر بالبر إلاّ سواء بسواء))[٢] ولم يفصِّل بين القليل الذي لا يكال، والكثير الذي يكال. ولأنَّ النبي ﷺ أضاف التحريم إلى البر بالبر، فمن أضاف إلى كونه مكيلا فقد أضاف صفة زائدة على النَّص، فيجري مجرى النَّسخ على أصولكم. ولأنَّ النبي عليه السلام جعل الحرمة أصلا في البر بالبر بقوله: «لا تبيعوا» والجواز عارضاً بعارض صفة وهو المساواة كيلا، فالمراد بالمساواة مساواة في الكيل بالإجماع.

ولا معنى لقولكم: إنَّ الاستثناء يكون من جنس المستثنى منه، فإنَّه استثنى المكيل فعلم أنَّ المستثنى منه مكيل. هذا غير لازم؛ لأنَّ المستثنى منه البر بالبر، وكذلك المستثنى هو البر بالبر فكان الجنس واحداً إلاّ أنَّه قال: إنَّه حرام بيع البر بالبر إلاّ أن يوجد المَخْلَصُ، وهو التساوي بمعياره. فكان المستثنى بيع بر ببر حال التساوي والمستثنى منه بيع بر ببر حال عدم التساوي. لا أن يقال: المستثنىمكيل،فإنَّ

١ـ أخرجه مسلم عن عبادة بن الصامت في كتاب المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً ١٢١١/٣ ولفظه: قال رسول الله ﷺ (الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواءٍ يداً بيدٍ. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد).

وأخرج أيضاً حديثاً عن أبي هريرة (١٢١١/٣) بلفظ «التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد. فمن ازداد أو استزاد فقد أربى إلاّ ما اختلفت ألوانه» يعني أجناسه.

وحديث عبادة أخرجه أيضاً أبو داود في البيوع باب الصَّرف (مختصر المنذري: ٢٢/٥) ، والترمذي في البيوع، باب ما جاء أنَّ الحنطة بالحنطة مثلا بمثل: (٥٤١/٣) وقال حديث حسن صحيح، والنسائي في البيوع، باب بيع البر بالبر، وباب بيع الشعير بالشعير: (٢٧٥/٧ ، ٢٧٦)

ويؤيد هذا المعنى حديث أبي بكرة عن أبيه المتفق عليه فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن الفضة بالفضة والذهب بالذهب إلا سواء بسواء، وأمرنا أن نشتري الفضة بالذهب كيف شئنا، ونشتري الذهب بالفضة كيف شئنا» قال: فسأله رجل فقال: يداً بيد؟ فقال: هكذا سمعت. والحديث عند البخاري في كتاب البيوع، باب بيع الذهب بالورق يداً بيد (٣٩٤/٩)، وعند مسلم في المساقاة باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (١٢١٣/٣) واللفظ له، وليس في رواية البخاري سؤال الرجل.

٢ـ ورد لفظ البر بالبر سواء بسواء في حديث عبادة بن الصامت المذكور آنفاً راجع إليه. وفي حديث أبي سعيد الخدري عند مسلم في المساقاة باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٢١١/٣) ولفظه (والبر بالبر.....مثلا بمثل، يداً بيد)

بيع المكيل منه بجنسه حرام كذلك مالم يتساويا.

فعلمت أنَّ المستثنى بيع بر ببر متساوياً إلاَّ أنَّ التَّساوي إنَّما يعرف بالمعيار لا بما ساواه في المقدار. وقال عليه السَّلام: ((الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد))[١] الباء للمبادلة أي بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل تفسير له أي إنَّما يكون بيعاً إذا بودلت الحنطة بالحنطة إذا كان مثلا بمثل. فأمَّا إذا جاء الفضل فيكون رباً لا بيعاً يشير إلى قوله: ﴿وأحلَّ الله البيع وحرَّم الربوا﴾[٢] وروي مثلا بمثل أي أنَّه بيع في حال المماثلة فيكون نصاً على الحال، والحال شرط فثبت أنه على الروايتين إخبار عن جواز بيع الحنطة بالحنطة بشرط المماثلة واليد باليد. والمعلق بالشرط يوجد عند وجوده وينعدم عند عدمه أو يمنع وجود المعلق به قبله، وإذا لم يوجد قبل الشرط الجواز صارت الحرمة أصلا والجواز بشرط زائد كالحديث الأول[٣] وصارت الحرمة مع اسم الحنطة بجنسها، والجواز مع صفة الكيل وإذا صار الربا أصلا والبيع عارضاً بشرط المماثلة والتقابض علم أنَّ الربا الذي يختلف فيه عبارة عن البيع الحرام كما قال الله تعالى: ﴿وحرَّم الرِّبَوا﴾[٤] ولم يرد منه الفضل بعينه فإنَّه حلال كسبه بالبيوع؛ ولأنَّ الآية مجملة[٥] ومتى أريد به الفضل على ما عليه اللغة لم تكن مجملة، وإنَّما يصير مجملا لا يعرف إذا أريد به غير ما يدل عليه اللغة. وهو ما حرَّم من أنواع البيوع. ولهذا قال عمر (رضي الله عنه)[٦] «توفي رسول الله (ﷺ)[٧] ولم يبين لنا أبوابها[٨].»

١ـ سبق ذكر حديث عبادة بن الصامت بلفظ «...والبر بالبر ..مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد»، وحديث أبي سعيد الخدري بلفظ «والبر بالبر...مثلا بمثل يداً بيد» راجع ص: ١٠١ أمَّا لفظ الحنطة بالحنطة ورد في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٢١١/٣) قال: قال رسول الله ﷺ: (التَّمر التَّمر والحنطة بالحنطة .... مثلا بمثل يداً بيد...) الحديث

٢ـ سورة البقرة ٢٧٥

٣ـ أشار إلى رواية «الحنطة بالحنطة مثل بمثل يداً بيد»

٤ سورة البقرة: ٢٧٥

٥ـ الآية المجملة هي ما ازدحمت فيها المعاني واشتبه المراد اشتباهاً لا يدرك بنفس العبارة، بل بالرجوع إلى الاستفسار من المجمل ثمَّ الطلب والتأمل كالصَّلاة والزكاة. (يرجع إلى: المنار: ١١٦/١ ، والمغني للخبازي: ص ١٢٩)

٦ـ غير موجودة في (أ)

٧ـ غير موجودة في (أ)

٨ ـ أي ولم يبين لنا أبواب الربا

فقوله: «لا تبيعوا» إثبات للربا، وقوله: «إلا سواء بسواء» إثبات للبيع، وقوله: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل» إثبات للبيع، وقوله: «والفضل ربا» إثبات للربا.

وتأويله عندنا: والبيع مع الفضل رباً، ولكن النبي عليه السلام عبَّر عن البيع الحرام الذي هو الربا بالفضل.؛ لأنَّ المماثلة تزول به . وعند زوال المماثلة بيع الحنطة بالحنطة رباً، فكان الفضل سبباً لصيرورته رباً فسماه باسم سببه.

أو نقول: الربا أعني البيع الحرام يثبت بأسباب مختلفة منها: فضل المطعوم إذا بيع بجنسه على الآخر بذاته أو فضل الثمن إذا قوبل بجنسه على الآخر بذاته. وذلك الفضل رباً أي حرام. ومتى شرط في البيع حرم البيع كله. كما إذا اشترط فيه رطل[١] خمر أو دم. وهذا الفضل الذي قلناه أصل من المطعوم أو الثمن إذا قوبل بجنسه مجازفة[٢] ؛ لأنَّه لا بد من أدنى تفاوت بينهما يكون في أجزاء الذات. ولن تقع المساواة إلاَّ نادراً. والنَّادر لا حكم له، فصار رباً في أصله لقيام الفضل الذي هو ربا في أصل المقابلة. وجعل الشَّرع مخلصاً عن هذا الحرام بالتساوي في المعيار لإقامة الشرع التساوي في المعيار مقام التساوي في الذات في التحليل تيسيراً علينا. فسقط اعتبار فضل الذات، وإن وجد مع الكيل شرعاً لقيام المكيال مقامه بالشرع وبقي الفضل معتبراً عند عدم الكيل على حقيقته لعدم ما يلقيه من دليل شرعي، وسقوط الحقيقة لدليل شرعي في حكم لا يدل على سقوطه في حكم آخر بغير دليل فيه. وصار كأنَّ النبي عليه السلام قال: الفضل في ذات أحدهما رباً ما لم يسقط اعتباره بالتساوي كيلا، ولو قال كذلك استقام الإثبات على ما قال. فكذا

١- الرطل: بكسر الراء وفتحها والكسر أشهر. وهو معيار يوزن به أو يكال به (المصباح المنير: ٢٣١/١) ، والمغرب: ٣٣٣/١) وهو هنا اسم لمعيار كيلي. أي اسم وحدة كيل للمائعات (يرجع للمزيد من المعرفة إلى كتاب الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان وحاشية المحقق ص ٥٥)

٢- أي بلا كيل ولا وزن بل بإراءة الصبرة.
قال في المصباح (٩٩/١): «الجِزَاف: بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه وهو اسم من جازف مجازفة.
قيل الجزف في الأصل الأخذ بكثرة من قولهم: «جَزَفَ له في الكيل إذا أكثر ومرجعه إلى المساهلة.» (يرجع إلى المصباح المنير: ٩٩/١ ، والمغرب: ١٤٦/١ ، وأنيس الفقهاء: ص٢٠٤ ، وفتح القدير لابن الهمام: ٤٧٠/٥)»

الآن بدلالات النصوص عليه. فثبت أنَّ الربا عنده فيما يتنازع فيه فضل ذات أحدهما على الآخر.

وإن قلنا: فضل في قدر الكيل صحَّ؛ لأنَّ الأكبر يأخذ قدراً من الكيل أكبر لامحالة. وإن البيع لا يجوز ما لم / يزل هذا الفضل. وزواله بالتساوي في المعيار [٣٣٢/أ] الثابت بقدر دليله فلحرمة الفضل وجب التساوي كيلا ليزول به الفضل الحرام

وبعد زوال الفضل لا يجوز عنده إلاَّ بشرط آخر يد بيد وكذلك شرط اليد باليد وإن اختلف الجنس وحلَّ التفاضل فصار اليد باليد عنده آكد من السواء بالسواء.

قال:[١] وعلَّة[٢] هذه الحرمة أي حرمة البيع إلاَّ بهذين الشرطين: الطعم والجنس، شرط لا تعمل العلة عملها إلاَّ معه. والكيل أو الوزن ليسا من العلَّة في شيء، وإنَّما اعتبر هذان الوصفان لإثبات المخلص بهما.

والجواز والفساد دارا مع المساواة كيلاً وعدمها، لأنَّ المساواة مخلص عن الحرمة الثابتة بالطعم أو الثمنية. فإذا جاء المخلص حلَّ بالمخلص، وإذا عدم حرم بالعلة المحرِّمة؛ ولأنَّ المساواة شرط الجواز والحكم يدور مع الشرط وجوداً وعدماً كما يدور مع العلة، فلا دليل لكم في الدوران ولا لنا. فنحتاج الآن إلى إثبات أنَّ الطعم أو الثمنية علة لتحريم البيع بسبب الفضل، وإنَّ الجنس شرط وليس بعلة، وإنَّ

١ـ الشافعي رحمه الله

٢ـ العلة في اللغة: مرض، وحدث يشغل صاحبه عن وجهه، كأن تلك العلة صارت شغلا ثانياً منعه شغله الأول. قال في التعريفات ص ١٥٤: «العلة لغة: عبارة عن معنى يحلُّ بالمحل فيتغير به المحل بلا اختيار. ومنه سمي المرض علَّة؛ لأنَّه بحلوله يتغير حال الشخص من القوَّة إلى الضعف».

جمع العلَّة: العلل. (يرجع للمعنى اللغوي إلى: الصحاح: ١٧٧٣/٥ ، والمصباح المنير: ٤٢٦/٢).

وفي الشرع: هي المعنى الذي إذا وجد يجب به الحكم معه. (يرجع إلى: ميزان الأصول: ص٥٨٠ ، والمغني للخبازي: ص ٣٤٢ ، والتعريفات: ص ١٥٤).

إنَّ الفقهاء ذكروا عدة تعريفات للعلة. وأما التعريف المذكور هو للإمام أبي منصور السمرقندي الماتريدي، واختاره علاء الدين السمرقندي في كتابه ميزان الأصول ص ٥٨٠ (راجع أيضاً المغني للخبازي: ص ٣٤٢) ، وقوله (معه): احتراز لدخول الاستطاعة مع الفعل وعن قول بعض القدرية: إنَّ العلَّة هي الأمر الذي إذا وجد وجد الحكم عقبه بلا فصل. (ميزان الأصول: ص ٥٨٠ ، كشف الأسرار للبخاري: ١٧٠/٤ ـ ١٧١)

الكيل أو الوزن ليس بعلة. فإنَّ ثبوت الطعم علَّة لا يبقى أن يكون غيره علَّة لجواز أن يكون الأصل معلولا بعلتين: أحدهما تتعدى إلى فروع والأخرى إلى فروع غيرها. ألا ترى أنَّ الشرع لو ورد بهما فقال: «البُرُّ بالبُرِّ حرام»؛ لأنَّه مكيل قوبل بجنسه ولأنَّه مطعوم قوبل بجنسه كان صحيحاً. ولم يكن تناقضاً[١].

والمتنافيان حدُّه: مالا يجوز الجمع بينهما، ولا بوجه آخر[٢].

فالدليل على أنَّ الطعم علة: أن النهي ورد بلفظ الطعام بالطعام.والطعام اسم مشتق من طَعِمَ، والحكم متى علق باسم مشتق كان موضع الاشتقاق علَّة لإثباته ظاهراً كقوله تعالى[٣]: ﴿وَالسَّارِقُ وَلسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[٤] ﴿والزانية وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾[٥] فدل أن وجوبها بالسرقة والزنا؛ لأنَّ الاسم مشتق منهما ولا معنى لقولكم : إنَّ الطعام قول الراوي؛ لأنَّ قولَه: (نهى عن كذا) قولُه لا قول النَّبي، لأنَّ قول الراوي يجب حمله على موافقة قول النبي ما أمكن لأنَّ المحافظة على اللفظ أولى من النقل بالمعنى، فيجعل كأنَّه سمع رسول الله [ﷺ] يقول: نهيتكم عن بيع الطعام بالطعام أو سمع يقول لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء؛ لأنَّ النص حرَّم البيع بينهما أعني الثمن والمطعوم إلا بزيادة شرطين:

١ـ التناقض في اللغة: مأخوذة من من نقض البناء والحبل والعهد إذا هدم وحل وأبطل وأفسد. يقال: انتقضت الطهارة إذا بطلت، وتناقض الكلامان تدافعا، كأنَّ كل واحد نقض الآخر وفي كلامه تناقض، إذا كان بعضه يقتضي إبطال بعض (الصحاح: ١١١٠/٣ ، المصباح المنير: ٦٢٢/٢).

وفي الاصطلاح: هو اختلاف القضيتين بالإيجاب والسلب بحيث يقتضي لذاته صدق إحداهما وكذب الأخرى، كقولنا: زيد إنسان وزيد ليس بإنسان. (التعريفات: ص٦٨ ، وإيضاح المبهم من معاني السلم: ص ١١)

٢ـ كما بين السواد والبياض، والوجود والعدم. جاء تعريف التنافي في التعريفات بأنه: عدم اجتماع الشيئين في واحد في زمان واحد.(ص٦٧)

٣ـ غير موجود في (أ)

٤ـ سورة المائدة ٣٧ والآية كاملة ﴿والسَّارق وَالسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالا مِنَ اللهِ وَاللهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾

٥ـ سورة النور ٢ والآية كاملة: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة. ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر. وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾

المساواة والقبض بالقبض. فدل المنع إلا بزيادة شرط على أنَّ الموجب لذلك وصف في المحل يدل على زيادة خطر حتى وجب لتناوله زيادة أمر ألا ترى أنَّ النِّكاح لما اختص جوازه بزيادة شرط من بين نظائره من المعاملات وهو الشهود والولي. دلَّ على وصف في الأصل له زيادة خطر، وهو نفس الآدمي.فإنَّ المستحق به في الحكم نفس المرأة على ما بينا في النكاح .

وللنَّفس زيادة حرمة ليس للمال فكذا ههنا. ولأنَّ الشرط الآخر وهو: اليد باليد شرط فيه صيانة لذلك الشيء؛ لأنَّ الأشياء تصان بالأيدي، والصيانة إنَّما تجب على الاختصاص لزيادة حرمة ذلك الشيء، وذلك بكونه مطعوماً أو ثمناً؛ لأنَّ الأموال كلها تقوم أموالا ما دامت لها أثمان، فصارت الثمنية عبارة عن وصف به يجيء الأموال، والطعم عبارة عن معنى به يجيء النفوس، فإنا لا نبقى بلا طعم، وقد نبقى بلا لبس ومسكن ومركب ونحوها، فصارت لها زيادة خطر حيث تعلق بها حياة الأموال والنفوس جميعاً دون غيرها؛ لأنَّ النبي عليه السلام ذكر من المطعومات أربعة أنواع هي أصول في باب الطعم ليدل على أنَّ العلَّة هي الطعم حتى أدار الحكم على أصولها.

وبيان ذلك: أنَّه ذكر [ﷺ] أنَّ الحنطة والشعير والتمر والملح. والحنطة أصل لطعم بني آدم، والشعير أصل لطعم الدواب و حياتها فيه به. والتمر أصل للطعم تفكهاً وإيداماً. والملح أصل لتطييب الأطعمة وأدار الربا في النَّوع الآخر على جميع ما هو ثمن.

ومتى جعل الحكم متعلقاً بالكيل لم يكن ما ذكر من الأشياء إلا تكرارا محضاً في حق الكيل لأن معنى الكيل فيها لا يتنوع كما يتنوع الطعم فيكون ذكرها لبيان استيفاءالأنواع كما استوفى أنواع الثمن ليكون دلالة على علة تعم ماعمها

النص بالإشارة[١]

ولهذا قال مالك الإقتيات والإدخار هو العلة[٢] لأن النبي عليه السلام خص بالذكر كل مقتات مدخر من الأطعمة .

١ـ الدلالة بإشارة النص هي ماثبت بنظم النص لكنه غير مقصود ولاسيق الكلام إليها .
والتي سيق إليها الكلام وأريد بها قصداً تسمى الدلالة بعبارة النص .
ونظيرهما من المحسوسات : من نظر إلى شيء فرآه بإقباله عليه قصداً ورأي مع ذلك غيره يمنة أو يسرة بأطراف عينيه من غير قصد فما يقابله هو المقصود بالنظر.
وماوقع عليه أطراف بصره فمرئي ، ورؤيته بطريق الإشارة
ومثالهما من الشرعيات : قوله تعالى : ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ الآية (سورة الحشر ٨) فالآية نص في استحقاق سهم من الغنيمة للفقراء المهاجرين ، لأنها نزلت لبيان هذا الحكم على سبيل التفسير لما سبق من قوله تعالى ﴿ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ إلى قوله تعالى ﴿للفقراء﴾ الآية .
ثم في الآية إشارة إلى أن استيلاء الكفار على أموال المسلمين سبب لثبوت الملك لهم فيها حيث سماهم فقراء مع إضافة الديار والأموال إليهم .
والفقير عبارة عن عديم المال فيكون فيه إشارة إلى ز وال ملكهم عما استولوا عليه بعد أخراجهم عن أموالهم وديارهم .
وقوله تعالى : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ الآية (سورة البقرة ٢٣٣) سبق الكلام لإثبات النفقة على الأب.وفيه إشارة إلى أن النسب إلى الآباء ؛ لأن اللام للاختصاص ، ولايصير الولد مخصوصاً به من حيث الملك بالاجماع،فدل على اختصاصه به بالنسب.
ولهذا أمثلة كثيرة .
والاستدال قد يكون أيضاً بدلالة النص أو باقتضائه كما يكون بعبارة النص أو بإشارته.
وأما دلالة النص فهو ماثبت بمعنى النص لغة لا إستنباطاً بالرأي كالنهي عن التأفيف في قوله تعالى ﴿فلا تقل لهما أفٍ ولاتنهرهما﴾ الآية (سورة الإسراء٢٥) يوق به على حرمة الضرب والشتم ، فإن العالم بأوضاع اللغة يفهم بأول السماع أن المقصود دفع الأذى .
واقتضاء النص هو عبارة عما لم يعمل النص إلا بشرط تقدم عليه،فإن ذلك أمر اقتضاء النص بصحة ماتناوله النص ، وإذا لم يصح لايكون مضافاً إلى النص.فكان المقتضى كالثابت بالنص .
مثاله : قوله تعالى ﴿فتحرير رقبة﴾ الآية (سورة النساء ٩١-٩٢ ، وسورة المائدة ٩٨ ، وسورة المجادلة ٣).هو مقتض لكون الرقبة مملوكة.
وعبارة النص وإشارته ودلالته وإقتضاءه سواء في إيجاب الحكم إلا عند المعارضة . وفي حالة التعارض عبارة النص أحق من إشارته وإشارة النص من دلالته ودلالة النص من اقتضائه .
يرجع لذلك وللمزيد من المعرفة إلى : ميزان الأصول ص(٧٩٢-٨٩٢) ، فتح الغفار ٢/٤٤-٤٧ . المغني للخبازي ص (١٤٩-١٥٤-١٥٧-١٥٨) التعريفات للجرجاني ص (١٤٦-٢٧ ، ١٠٤-٣٣)
٢ـ راجع القوانين الفقهيه لابن جزي ص (١٦٨) ، المنتقى للباجي ٥/٢،٣ .

و لأن النبى ﷺ أثبت الحرمة مع اسم البر بالبر ، و لا يوجد مع الاسم من العلة إلا الطعم. إلا أنا شرطنا الجنس لعمل العلة معه؛ لأن الفضل لا يكون رباً إذا اختلف الجنس / بالنص و الإجماع . [٢٢٢-ب]

و لم يجز أن يكون الجنس علة؛ لأنه لا يشير إلى زيادة حرمة لمحله فما من شيء عزّ أو هان إلا و له جنس ، فجعلناه شرطاً لا علة. فإن الحكم كما ينعدم بانعدام العلة كذا ينعدم بانعدام شرط العلة .

و إنما يظهر الفرق بينهما بالتأثير و عدمه ، والأثر للطعم لما فيه من زيادة حرمة و خطر، و ما للجنس هذا الأثر .

و لا معنى لقولكم: و إن الشرع ما أثبت الربا إلا مقروناً بالمخلص عنه بالمساوات ، فينبغى أن تكون العلة ما يوجب الحرمة فى محل قابلة للمخلص بالمساوات. و الطعم يثبت الحرمة حيث لا مخلص له كالخيار و البطيخ و التفاح و نحوها ؛ لأن الحلال مستثنى والحرام مستثنى منه والمستثنى غير المستثنى منه أبداً كقولك: " لفلان علىّ ألف درهم إلا درهم "، يكون المستثنى غير داخل تحت الإقرار. و لكن يكون من الدراهم. فكذا ههنا يكون المستثنى من البيع ، و لكن يكون غير الحلال. فيثبتان أيضاً بعلتين . الحرمة بالطعم و الحل بكيل جنس، فجعل رسول الله ﷺ بيع المطعوم بجنسه نوعين متساويا بالمعيار، فجعله بيعاً حلالاً و ما عدم التساوى فيه فجعله رباً .و إنه كقول القائل: " كلّ حظٍّ كُسِب فى الدنيا يزول إلا ثواب الآخرة ". فهذا يدل على أن ثواب الآخرة هو مكسوب الدنيا كالأموال ، لا أن يكون الثواب قائماً فى المستثنى منه .

ألا ترى أنّ الحنطة المقلية بالمقلية و بغيرها رباً و لا مخلص له. ومثاله قول الله تعالى : ﴿ **حرّمت عليكم الميتةُ و الدّمُ** ... آخرها ... **إلا ما ذكّيتم** ﴾ (١) فكانت التذكية

---

١ - أى ما أدركتم ذكاته و فيه حياة مستقرة . (تفسير البيضاوى: ١٣٥/٢ و تفسير النسفى:٤٣٣/١ و تفسير الخازن:٤٣٣/١)

و **الذكاة** فى اللغة : تمام الشيء و كماله .

و الذكاة : تمام إيقاد النار و تمام الذبح . و الذكاة فى الفهم : أن يكون فهماً تاماً سريع القبول.

و التذكية : الذبح . قال فى المفردات (ص ١٨٠) : " ذكيت الشاة : ذبحتها . و حقيقة التذكية : إخراج الحرارة الغريزية. لكن خص فى الشرع بإبطال الحياة على وجه دون وجه." و قيل : الذكاة : الطهارة.

(راجع لسان العرب ٢٨٨،٢٨٧/١٤ و الصحاح ٢٢٤٦/٦ و المفردات: ص ١٨٠ و المصباح المنير ٢٠٩/١)

و الذكاة فى **الشرع** نوعان :

الأول : الذكاة الإختيارية : و هى الجرح بين اللبة و اللحيين . أى هى الذبح و النحر . و اللبة هى الصدر.

و هى فى الحيوانات الأهلية و ما قدر عليه من الصيود البرية و الطيور حياً .

و الثانى: الذكاة الاضطرارية : و هى الجرح فى أى موضع كان من البدن. و ذلك فى حيوانات الصيد البرية و الطيور .

و الذكاة الاضطرارية كالبدل عن الأول ؛ لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأول.

(الهداية ٤٠٦/٨ و اللباب فى شرح الكتاب ٢١٩/٣،٢٢٥)

والآية فى سورة المائدة - ٣

محللة وما ذكر محرما ثمّ لم يجب أن يكون الاستثناء المحلل منصرفاً إلى جميع ماذكر بل انصرف إلى مايقبله دون مالايقبله،[١] لأنَّ قوله [ﷺ] «إلا سواء بسواء» استثناء مقطوع؛ لأنَّ الحنطة بالحنطة لا توجد سواء بسواء في نفسها ليستثنى من نفسها المساواة، وإنَّما يثبت التساوي بفعل منَّا فيصير كأنَّه قال: «حرام عليكم بيع الطعام بجنسه، فإن جعلتموه كيلا بكيل حلَّ». فيكون كلاماً مبتدأ مقطوعاً عن الأول فينصرف إلى ما يقبله دون ما لا يقبله، كقوله [تعالى] : ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ فعل فلا يكون مستثنى عن الاسم. بل يصير كلاماً مبتدأً: فإن ذكيتم حلَّ. فينصرف إلى ما يقبل الذكاة دون ما لا يقبله من الميتة والدم.

وكذلك قوله [تعالى] : ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾[٢] هو بمعنى: فإن عفون فينصرف إلى من يصح العفو من العاقلات البالغات، والتنصف بالطلاق حكم ثابت بالطلاق قبل الدخول.

غير هذا، فيعم الكل فثبت أنَّهما حكمان على الحقيقة بنص الحرمة مع الطعم والحل مع صفة الكيل إذا تساويا، وإذا ثبت هذا تبين فساد عليكم؛ لأنكم جعلتم صفة الكيل للتحريم، والشرع جعلها للحل؛ ولأنَّكم إذا علقتم بالكيل خصصتم النص الذي عللتموه فأخرجتم القليل منه. وتعليل النَّص لتعدية حكمه إلى غيره إن أمكن لا لتخصيص نصه به ومتى أوجبت التخصيص بطلت. ولأنَّه لا يشير إلى معنى له زيادة حرمة وخطر. فإنَّ الجص يكال، وإنَّه شيء هين لا يتعلق به قوام النفس ولا مال إنَّما هو لتزين البناء؛ ولأنَّ النَّص علَّق الحرمة باسم البر بالبر.

١ـ ذكر فى الآية الكريمة عدة الأصناف المحرمة فقال عز وجل: ﴿حرمت عليكم الميتة والدَّم ولحم الخنزير وما أهل لغيرالله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلاَّ ماذكيتم،... الآية﴾

ذهب جمهور العلماء إلى أنَّ الاستثناء فى الآية الكريمة يرجع إلى المنخنقة وما بعدها.

قيل: إنَّه يرجع إلى ﴿ماأكل السبع﴾ (تفسير البيضاوى: ١٣٥/٢ ، النسفي: ٤٣٣/١ ، الخازن:٤٣٣/١). «والظاهر أنَّ هذا الاستثناء يرجع إلى جميع المحرمات المذكورة فىالآية من قوله تعالى ﴿والمنخنقة..﴾ إلى ﴿وما أكل السبع﴾ وهذا قول علي بن أبي طالب وابن عباس والحسن وقتادة.

٢ـ سورة البقرة: ٢٣٧ ، والآية كاملة: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلاَّ أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح، وأن تعفوا أقرب للتقوى. ولا تنسوا الفضل بينكم إنَّ الله بما تعملون بصير﴾

والكيل تعلقه بوصف زائد عليه. فيكون رفعاً للحكم عما ورد النص به أصلا.

فثبت أنَّ المدار على معرفة وهو الربا إنَّه ما هو فصار الحكم في هذه النصوص على ما حققنا حكمين: حرمة البيع، وهي متعلقة باسم الطعام والحنطة لفضل ذات أحدهما على الآخر عند المجازفة في الأغلب كما يحرم عندكم في المكيل يقابل بجنسه مجازفة لوجود الفضل في الأغلب والجواز إذا تساويا، وإنَّه متعلق بكونه مكيلا أو موزوناً فيكون حاصلا في بعض ما حرم البيع فيه وعارضاً على الوصف المحرم.

والحجة لعلمائنا من طريق الظاهر: ماروى مالك بن أنس[١] ومحمد بن إسحاق الحنظلي[٢] الحديث الذي رواه محمد بن الحسن[٣] ((الحنطة بالحنطة مثل بمثل...))[٤]

وكذلك ما يكال أو يوزن. أثبت الربا في المكيلات والموزونات من غير تخصيص.

١ـ هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث الأصبحي. جده أبوعامر صحابي جليل شهد المغازي كلها مع رسول الله ﷺ خلا بدراً.
الإمام مالك رحمه الله إمام دار الهجرة وأحد أئمة الأعلام ولد سنة ٩٣هـ وتوفي سنة ١٧٩هـ.
قال الإمام الشافعي رحمه الله عنه: «مالك أستاذنا وعنه أخذت العلم، وجعلت مالكاً بيني وبين الله حجة. وإذا ذكر العلماء فمالك النَّجم الثاقب. ولم يبلغ أحد مبلغ مالك في العلم لحفظه وإتقانه وصيانته» شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: ص٥٢ وما بعدها

٢ـ هو محمد بن إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم أبوالحسن المروزي الحنظلي التميمي. كان أبوه أحد كبار الحفاظ معرفاً بابن راهويه.
ولد بمرو ونشأ بنيسابور وكتب ببلاد خرسان وبالعراق والحجاز والشام ومصر. سمع أباه، وعلي بن حجر المروزي، ومحمد بن رافع القشيري، وأحمد بن حنبل، وعلي بن المديني وآخرين. كان عالماً بالفقه وجميل الطريقة مستقيم الحديث. وتوفي مرجعه من الحج سنة أربع وستين ومائتين. (تقريب التهذيب: ص٩٩ ، وطبقات الحنابلة للقاضي محمد بن أبي يعلى: ٢٦٩/١)

٣ـ هو محمد بن الحسن بن فرقد، أبوعبدالله الشيباني صحب أبا حنيفة، وأخذ الفقه عنه، وكان من أئمة زمانه وأعلمهم بكتاب الله ماهراً في العربية والنحو والحساب، صنف الكتب ونشر علم أبي حنيفة، وروى الحديث عن مالك ودون الموطأ، وحدث به عن مالك، روى عنه الإمام الشافعي ولازمه وانتفع به وقال فيه كلمات طيبة، ولد بواسط سنة ١٣٢هـ وكان وفاته سنة ١٨٧هـ بالري (الجواهر المضيئة: ١٢٢/٣ ، الفوائد البهية: ص١٦٣)

٤ـ الحديث في كتاب الآثار للإمام محمد في باب شراء الدراهم الثقال بالخفاف والربا ص ١٦٩ ، عن أبي سعيد الخدري بهذا اللفظ. راجع أيضاً لتخريج هذا الحديث إلى ص:١٢

وعن ابن عمر[١] عن النبي عليه السلام: (لا يجوز بيع الدرهم بالدرهمين ولا الصَّاع[٢] بالصَّاعين)[٣] وعين الصاع لاربا فيه. فثبت أنَّ المراد به ما يكال فيه. وكذا يقال فى العرب فى هبة الطعام: «خذ هذا القفيز» أي مافيه. «وهبت لفلان أقفزه»، أي من الطعام.

وروى أن عامل خيبر [٤] أتى رسولَ الله ﷺ بتمر جيد. فقال له رسول الله :«أوَ كلُّ تمر خيبر هكذا»

فقال: لا، ولكن أعطيت صاعين وأخذت صاعًا.

فقال: رسول الله :«أربيت.»

فقال له: إن سِعْرَ هذا فى السوق كذا وسعر هذا كذا: فقال (له):[٥] «أربيت. ألا بعت تمرك بدراهم،» . -أو قال:« بسلعة »-. ثم اشتريت بها تمرًا آخر.»

١- هو عبدالله بن عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، أبوعبدالرحمن الصحابي الجليل، ولد سنة ثلاث من البعثة ، واستصغر يوم بدر، ويوم أحد فأجازه ﷺ يوم الخندق. وهو أحد المكثرين من الصحابة والعبادلة، وكان من أشد النَّاس اتباعاً للأثر. مات سنة ثلاث وسبعين في آخرها أو أول التي تليها. (الإصابة: ٣٤٧/٢ حرف العين القسم الأول، والاستيعاب: ٣٤١/٢ ، وتقريب التهذيب: ص٣١٥)

٢- الصَّاع: مكيال مخروط الشكل. وصاع النبي ﷺ الذي بالمدينة أربعة أمداد. أي يتركب الصاع من أربعة أمداد. الرطل جزء من المد والمد جزء من الصاع. جمع الصاع : أَصْوُع والصاع كان يستعمل فى كيل الجامدات كالحبوب وكذلك يستعمل كمكيال للمائعات كزيت الزيتون. (الصحاح ١٢٤٧/٣، والمصباح المنير ٣٥١/١، الايضاح والتبيان فيمعرفة المكيال والميزان مع حاشية المحقق ص ٥٦)

٣ الحديث أخرجه أحمد في مسنده (١٠٩/٢) قال ابن عمر رضي الله عنهما: قال رسول الله ﷺ: «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين، ولا الصاع بالصاعين، إني أخاف عليكم الرماء والرماء هو الربا». فقام إليه رجل فقال: يارسول الله أرايت الرجل يبيع الفرس بالأفراس، والنجيبة بالإبل؟ قال: لابأس إذا كان يداً بيد) فالحديث حسن (إعلاء السنن: ٢٧٢/١٤)

٤- خيبر: هي اسم ولاية تشتمل على حصون ومزارع ونخل كثير. تقع على الشمال الشرقى للمدينة المنورة على بعد سبعين ميلا منها. كانت مستعمرة يهودية تتضمن قلاعًا حصينة وقاعدة حربية لليهود. وكانت آخر معقل من معاقلهم فى جزيرة العرب وكانوا يتربصون بالمسلمين الدوائر. وكان فتحها عقب صلح الحديبية. أقام رسول الله ﷺ بالمدينة حين رجع من الحديبية ذا الحجة وبعض المحرم. ثم خرج في بقية المحرم إلى«خيبر». وكان ذلك سنة سبع من الهجرة. (سيرة ابن هشام ٣٢٨/٢ ودلائل النبوة ١٩٤/٤ وما بعدها والسيرة النبوية ص٢٥٩)

٥- غير موجود فى: (أ)

ثم قال: وكذلك الميزان. [١]

وعين الميزان لا ربا فيه.

فعلمت أن/المراد به مايوزن [٣٣٣/أ]

وعن عمار بن ياسر: [٢]«لابأس ببيع العبد بالعبدين والفرس بالفرسين والنجيبة [٣] بالنجيبتين. إنما الربا فى النسيئة(إلا) [٤]ماكيل أو وزن.) [٥] فاستثنى

١- الحديث: أخرجه البخارى - فى الاعتصام - باب إذا اجتهد العامل أو الحاكم فأخطأ خلاف الرسول من غير علم فحكم مردود... ٢٤٩/٢٠، ومسلم - فىالمساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثل ١٢١٥/٣ كلاهما عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة بطريق سعيد بن المسيب إنهما حدثاه: أن رسول الله ﷺ بعث أخا بنى عدي الأنصارى واستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب. فقال له رسول الله ﷺ:«أكل تمر خيبر هكذا؟» قال: لا، والله يارسول الله: إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع. فقال رسول الله ﷺ:« لاتفعلوا ولكن مثلا بمثل. أوبيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذالك الميزان.» يعنى مايوزن يباع وزنا بوزن. أي أن الموزونات حكمها حكم المكيلات. لايجوز فيهاأيضًا التفاضل فلا بد فيها من البيع ثم الاشتراء بثمنه. (عمدة القارى ٢٤٩/٢٠ ٤١٣/٩) «تمر جنيب»: نوع من جيد تمر «الجمع»: تمر مختلط من أنواع متفرقة من التمور، وليس مرغوبًا فيه، إنه ماكان يخلط إلا لردائته. قيل كل لون من النخل لايعرف اسمه فهو جمع. (جامع الأصول ٥٥٠/١ - ٥٥١، وعمدة القارى ٢٤٩/٢٠) والحديث أيضًا عند البخارى - فى كتاب البيوع، باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (٤١٢/٩) وفى المغازى، باب استعمال النبي ﷺ على أهل خيبر(٢٦٨/١٤) وفى الوكالة، باب الوكالة فى الصرف والميزان ١٢٨/١٠ وعند مالك. الموطأ فى كتاب البيوع، باب مايكره من بيع التمر(٦٢٣/٢) وعند النسائى. فى كتاب البيوع، باب بيع التمر بالتمر متفاضلاً(٢٧١/٧) هنالك خلاف يسير فى بعض الروايات.«وكذلك الميزان» غير موجود فى رواية مالك والنسائى. وكذلك فيما جاء فى البيوع والمغازى عند البخارى. وجاء فى كتاب الوكالة عنده:«وقال فى الميزان مثل ذلك »

٢- هو عمار بن ياسر بن عامربنمالك العنسي، أبواليقظان. صحابي جليل مشهور، من السابقين الأولين. كذلك أبوه ياسر وأمه سمية. كان آل ياسر ممن يعذب فى الله. لقبه رسول الله ﷺ «الطيب المطيب» شهد المشاهد كلها مع رسول الله ﷺ. ثم شهد اليمامة فقطعت أذنه بها. ثم استعمله عمر على الكوفة.

قتل يوم صفين سنة ٣٧هـ كان رضي الله عنه مع علي كرم الله وجهه. (الاستيعاب ٤٧٦/٢، والاصابة ٥١٢/٢، تقريب التهذيب ص ٤٠٨)

٣- النجيبة:الناقة القوية السريعة. قال فى اللسان (٧٤٨/١):«النجيب من الإبل... وهو القوى منها، الخفيف السريع. وناقةٌ نَجِيبٌ ونَجِيبةٌ.

٤- فى ب: (إلى)

٥- الحديث: أخرجه ابن حزم فى «المحلى» (٤٨٨/٨): من طريق يحيى بن سعيد القطان حدثنا صدقة المثنى حدثنا جدي - هو رباح بن الحرث، أن عمار بن ياسر قال فى المسجد الأكبر:«العبد خير من العبدين، والأمة خير من الأمتين، والبعير خير من البعيرين، والثوب خير من الثوبين، فما كان يدًا بيد فلا بأس به. إنما الربا فى النسأ إلا ماكيل أو وزن.» رجاله ثقات. (إعلاء السنن ٢٧٥/١٤، تقريب التهذيب ص/٥٩١،٢٧٥)

المكيل والموزون عما يحل، فيثبت أنه للتحريم. وأما الاحتجاج من طريق الاستدلال بمقتضى النصوص فأنْ نقول بأن قوله عليه السلام: «الحنطة بالحنطة» بمنزلة قوله: الحنطة المكيلة بالحنطة المكيلة. وذلك، لأنَّه إخبار عن بيع أحدهما بالآخر. والبيع لايجري باسم الحنطة. لأنَّ الاسم يحصل بالحبَّة. وهي مما لايبيعها أحد. ولو باعها أحد لم يصح؛ لأنْ البيع لايجوز إلا لما له قيمة فى الأسواق. ولا قيمة للحبة فى الأسواق.

ولو أتلف رجل على آخر حبة حنطة لم يضمن، ولم يسمع القاضي الدعوى فيها كقطرة ماء وحفنة تراب ونحوها مما لم يتمولها النَّاس ولا يصونها لتفاهتها عندهم ويوجد ملقًى على الطرق لايقصد بالرفع رغبة فى ماليته.

وإنما يثبت للحنطة قيمة إذا اجتمعت حبَّاتٌ، فيحتاج إلى معرفة ذلك القدر الذى يصير به متمولاً ومتقومًا ويجرى فيه البيع عرفًا ويجوز شرعًا، ومالها مقدار فاضل من حيث عدد الحبات فى أنفسها؛ لأنَّها لاتباع بالأعداد ولا يعرف قدر ماليتها بها. إنما يباع بالمكاييل وبها يذكر قدر ماليتها. فيصير القدر الذى يدخل تحت الكيل مذكورًا مع بيع الحنطة اقتضاء. ليكون بيعا جاريا بين الناس، جائزًا شرعًا فمحل البيع شرعًا مال متقوم. وتقوّمه بقدر زائد على اسم الحنطة. وماله قدر فى نفسه عرفًا ولا شرعًا. وإنما قدره بمعياره من القفيز[1] والصاع والمدِّ[2] ؛ ولأنَّه وصف الحنطة بالحنطة بأنها مثل بمثل، ولا يتصف بالمماثلة مالم يبلغ كيلاً بكيل، ولأنه قال [عليه الصلاة والسلام] «كيل بكيل» وكذلك الذهب والفضة، لأن الاسم قائم بالذات التي لاتدخل تحت الوزن. ولا قيمة لها حتى تبلغ قدرًا له معيار من حبة للفضة أو شعيرة للذهب.

وإذا كان كذلك صار كأنه قال : [عليه الصلاة والسلام] الحنطة التي تدخل

١- القفيز: نوع من المكاييل. قال فى المصباح (٥١١/٢):«هو ثمانية مكاكيك، والجمع أَقْفِزَة وقُفْزَان. (ويرجع أيضا إلى الايضاح والتبيان فى معرفة المكيال والميزان وحاشية المحقق ص٧٢، ٨٧)

٢- سبق ذكر الصاع والمد راجع إلى ص: وإلى ص: ١١١

تحت المعيار بالحنطة مثل بمثل، والفضة التي تدخل تحت المعيار (بالفضة) [١] مثل بمثل كأنه قال : الحنطة المكيلة والفضة الموزونة. ولو قال: هكذا لوجوب تعليق الحكم بكونها مكيلة أو موزونة لاباسم العلم، لأنَّ الوصف من اسم العلم يجري مجرى العلَّة من النَّص كقوله [عليه الصلاة والسلام] في جنس : «من الإبل السائمة صدقة» [٢] ولأنه بيَّن أنَّ الحرمة أصل في الحنطة المكيلة بجنسها لا في الحنطة باسمها، وثبت أن قولنا : «مكيلة» قائم مقام قولنا : «متقومة» وبحيث يجوز بيعها فسقط اعتبار حقيقة الإسم لتجويز البيع ويجب الإجراء مع الوصف كما هو الأصل في أسباب العلل إذا قامت مقامها لدليل على مابينا في غير موضع.

وكذلك ما روى عنه : [عليه الصلاة والسلام] «أنه نهى عن بيع الطعام بالطعام» [٣] لأن الطعام مقرونًا بالشراء لايراد به إلا الحنطة ودقيقها : قالوا فيمن حلف : لايشتري طعامًا، إنه لايحنث إذا اشترى الشعير أو غير الحنطة ودقيقها. وسوق الطعام عندهم اسم لسوق الحنطة ودقيقها، والآخر يسمى سوق الشعير وسوق الفواكه. وإنه باب من أبواب اللسان لا من الفقه في الشريعة.

ولهذا لايحرم إذا بيع بخلاف جنسه : لأن المذكور بيع البر بالبر.

وقد ذكرنا أن البيع يقتضى مقدارًا يصير به مالاً متقومًا، وذلك بالمعيار فثبت أن قدر مايصير مكيلاً مذكورًا اقتضاء في النصوص كلها.

وتبين (أنه) لاحرمة بالنص فيما لم يكن بحيث يكال. وإن النصوص لم تتناولها إلا أن الخصم نظر إلى ظاهرها دون مقتضاها ونحن نظرناإلى مقتضى البيع.

ألا ترى أنَّ من قال: بعت من فلان شيئاً يلزمه أن يبين شيئاً (هو)[٤] مال متقوم بمقتضى البيع، والشيء هو اسم عام يتناول المال وغيره، وإذا حلف ليضربن فلاناً،

١- غير موجودة في :(ب)

٢- لم أجده بهذا اللفظ. جاء في حديث أخرجه أبو داود في الزكاة/ باب في زكاة السائمة (مختصر المنذري ١٩٢/٢). والنسائي. في الزكاة/ باب سقوط الزكاة عن الإبل إذا كانت رسلا لأهلها وحمولتهم (٢٥/٥) عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «في كل إبل سائمة من كل أربعين ابنة لبون ..» الحديث.واللفظ للنسائي

٣- راجع لتخريجه إلى ص : ١٠٠

٤- في نسخة (أ) فهو

فمات فلان حنث، كأنه قال: ليضربن فلاناً، وهو حي؛ لأنَّ الضرب فعل مؤلم فلا يتصور في الأموات فثبت صفة الحياة مقتضى به.

وكذلك قوله [ﷺ] «إلاَّ سواء بسواء» تفسيره إلاَّ كيلا بكيل، وهذا يقتضي أن يكون المنهي عنه مكيلا أيضاً؛ لأنَّ الاستثناء يخرج بعض ما دخل تحت النَّص كأنَّ القائل لم يتكلم به[١] فلا يوجب حكماً مبتدأ. بل يعود إلى ما كان قبل النَّص على ما عرف في موضعه، فيبقى الحكم بالنَّص واحداً وهو ما يوجبه ما بقي بعد الاستثناء وهو التحريم لاغير. لكن إلى غاية الاستثناء، فينعدم عنده لانعدام الموجب كالصَّوم إلى اللَّيل[٢] فيصير الحكم حرمة الحنطة إلى حين ما يساويها بدلها. ولا يثبت ذلك إلاَّ أن يكون كيلا بنفسها ليجوز إذا ساواها الآخر بكيلها.

وأمَّا الكلام من طريق الفقه، فلا يمكن إلاَّ بعد تصور الحكم فإن النص يعلل بحكمه[٣] فلا بد من معرفة الحكم أولا. وحكم نص الربا وجوب المماثلة شرطاً لجواز العقد على ما دخل تحت النَّص ثمَّ ضرورة الفضل بعدم تلك المماثلة المشروطة رباً لوجود المماثلة شرطاً للجواز لا كما قاله الخصم: إنَّه حرمة فضل الذات. ثمَّ وجوب المماثلة لإزلة الفضل الحرام. والدليل على صحة ما قلناه: ظاهر النص: «الحنطة بالحنطة مثل بمثل»[٤] أوجب المماثلة أولاً شرطاً لجواز المذكور من الحنطة المبيعة بالحنطة. ثم قال: «والفضل رباً» بعد إيجاب المماثلة. فثبت أنَّ المماثلة واجبة أصلا لا لإزالة حرمة الفضل بل الفضل حرم لوجوب المماثلة. ولأنَّ سائر الأموال يجوز بيعها بالبعض متفاضلا. ولا تجب المماثلة لإزالة مطلق الفضل فكذلك هذا.

١ـ قال في ميزان الأصول لعلاء الدين السمرقندي شيخ الكاساني ص ٣١٢ «الاستثناء المتصل صحيح بالإجماع، ويكون بياناً أنَّ المراد هو الباقي، كما إذا قال: لفلان عليَّ عشرة دراهم إلاَّ درهماً. كأنَّه قال: لفلان عليَّ تسعة»

٢ـ في قوله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا حتَّى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر، ثمَّ أتمُّوا الصيام إلى الليل... ﴾ الآية سورة البقرة ١٨٧، فإنَّ الصوم ينتهي بانتهاء النَّهار بغروب الشمس، وبه يبتدئ الليل، والليل ليس محلا للصوم

٣ـ في نسخة (أ) لحكمه

٤ـ راجع للحديث إلى ص : ١١٠

ولايلزم[١] بيع ما يكال كحفنة[٢] فإنَّ المماثلة عندنا ثابتة لتحقيق مقابلة المال بالمال على ما نذكره. لا لإزالة فضل محرم.

وكذلك قوله: (لاتبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء[٣]) [٤] تحريم إلا بشرط المساواة، فنقول: إنَّ المساواة شرط الجواز فيه.

ثمَّ البيع حرم عند عدمها[٥] لزوال شرط المماثلة حتَّى يكون موافقاً للأول. وإذا ثبت هذا صار الفضل الحرام هو الفضل الثابت بزوال المساواة التي هي شرط الجواز؛ لأنَّه حرم بوجوب تلك المساواة شرطاً للجواز. وإذا صار الحكم شرط المماثلة علم أنَّ محل الحكم ما يقبل التماثل، والحنطة لا تقبل التماثل بحباتها بل بمكيالها[٦] فلم يكن مالا يتماثل بنفسه محلا لحكم الربا.

وكذلك الحرام، هو الفضل بزوال تلك المساواة وذلك لا يتصور إلاَّ بنقصان أحدهما عن الآخر، وزيادته عليه من حيث القدر الذي كان المساواة فيه شرطاً للجواز. وهي بالمساواة بقدر المكيال بالإجماع. فالتساوي بوجه آخر لا يكون شرطاً لجواز النَّص والإجماع وإنَّه لا يتصور إلاَّ فيما يدخل تحت المعيار. فيبطل هذا قولهم: إنَّ الفضل الحرام فضل ذات؛ ولأنَّه قائم بين المتساويين كيلا إذا كان أحد البرين مما أكله السوس[٧] دون الآخر، أو كان أحدهما مكتنزاً والآخر رخواً.

١ـ في نسخة (أ) لايلهم

٢ـ الحفنة: ملء الكفين. حفنت الشيء إذا جرفته بكلتا يَدَيْك. قال في الصحاح (٢١٠٢/٥) : لايكون إلا من الشيء اليابس كالدقيق ونحوه. والجمع حفنات (المصباح المنير: ١٤٢/١ ، الصحاح: ٢١٠٢/٥.

قال في الهداية (١٥٣/٦): «وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لأنَّه لا تقدير في الشرع بما دونه»

٣ـ غير موجودة في نسخة (أ)

٤ـ راجع إلى حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في ص: ١٠١

٥ـ أي عدم المساواة

٦ـ لذا قال النووي رحمه الله في روضة الطالبين (٣٨٠/٣): «معيار الشرع الذي ترعى المماثلة به هو الكيل والوزن.

فالمكيل لايجوز بيع بعضه ببعض وزناً، ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت وزناً. والموزون لايجوز بيع بعضه ببعض كيلا، ولا يضر مع الاستواء في الوزن التفاوت كيلا»

٧ـ السوس: الدود الذي يأكل الحب والخشب، واحدته: سوسة. المصباح المنير: ٢٩٥/١ ، لسان العرب: ١٠٨/٦

فإن قال: يصير عدماً حكماً بالتساوي كيلا، احتاج إلى دلالة. فإنَّ المعدوم حقيقة عدم فضل في قدر المكيال مع تفاضل الذات. ومن أراد أن يجعل الحقيقة عدماً (حكماً)[١] بدلالة شرعية احتاج إلى إقامتها، والاستدلال الفقهي.

فإن نقول: أسلم إن وجب المماثلة للجواز هو الحكم الذي ثبت ابتداءً. فإن سلم تمت المسألة؛ لأنَّ الحكم لا يثبت إلا في محل قابل فما لم يكن (المال)[٢] امثالا متساوية لا يجب فيه المماثلة فيها حكماً. والحنطة أمثالٌ لا باسمها ولا حقيقتها بل بصفة كيلها بلا خلاف[٣] ؛ لأنَّ الجواز بها لا يثبت بلا خلاف ما لم يكن مكيلا بجنسه. وإن لم يسلموا ـ وهومذهبهم ـ قلنا: إنَّ الأموال في غير ما نحن فيه ضروب ثلاثة:

❁ أموال متفاوتة في جنسها كالحيوانات والثياب

❁ وأمثال متقاربة كالجوزات والعدديات المتقاربة[٤]

❁ وأمثال متساوية المالية قطعاً ويقيناً كالفلوس الرائجة، فإنَّه لا فضل لبعضها على بعض في المالية قطعاً لسقوط قيمة الجودة منها لاصطلاح النَّاس على الرواج بصورها كذلك، واتفاقهم على أنَّ لاقيمة للجودة، كما يقل بالقيمة بالرخص لاتفاقهم، ثمَّ أجمعنا على أنَّ المماثلة ليست بشرط للجواز في المتفاوتة. وكذلك عندنا في المتقاربة، وهي الجوزات ونحوها من السهام التي تباع عدداً ويضمن مستهلكها المثل من جنسها بلا خلاف؛ لأنَّ ماليتها غير متساوية قطعاً ويقيناً، لجواز أن يكون بعضها أجود من بعض والجودة منها متقومة، فلا يمكن القول بالمساواة قطعاً، ووجبت المماثلة في الفلوس شرطاً للجواز. فإنَّه إذا باع فلسا (بفلس رائجة)[٥] فإنَّه يجوز كبيع درهم بدرهم، ودينار بدينار؛ لأنَّها أثمان كلُّها.

١ـ غير موجودة في نسخة أ

٢ـ غير موجودة في نسخة أ

٣ـ راجع الهداية وشروحها: ١٤٦/٦ وما بعدها ، بدائع الصنائع: ١٨٥/٥ ، والمنتقى للباجي: ٦/٥ ، والمهذب: ٢٨٠/١ ، وروضة الطالبين: ٣٨٠/٣ ، كشاف القناع: ٢٥١/٣ ، والمغني: ٥/٤ ـ ٧ ، عمدة القاريء: ٤١٣/٩

٤ـ كالسفرجل والرُّمان

٥ـ في نسخة (أ): بفلسين رائجين وهو خطأ ظاهر

وإذا باع فلساً بفلسين لايجوز إذا كانت رائجة[١] لا لأنّها دين، فإنّه يجوز بيع فلوس بدرهم وهي دين كله. وكذلك الدينار بالدراهم كذلك الواحدبالواحد يجوز، وهو لا يتعين عندنا.

فثبت أنّه لم يجز؛ لأنّ المماثلة وجبت شرطاً للجواز لكونها أمثالا متساويةقطعاً (ويقيناً)[٢]

ثم ههنا وجبت المماثلة شرطاً للجواز فعلمنا أنّها وجبت؛ لأنّها أمثال متساوية قطعاً. والحنطة لا تصير مثلية بصورتها وأعداد حباتها ولا حفناتها، وإنّما تصير مثلية بكيلها بالإجماع، وتصير مثلية في جنسها لا غيرها وعليه الإجماع[٣].

فإنّ الجواز بالمساواة ولن يجوز إلا بالكيل ويبلغ قدراً يصير مكيلا، ويكال. فبكونها مكيلة يصير أمثالا بمكايلها واتفاق جنسها كالجوزات بصورها، والفلوس، وكذلك ما يوزن لا يصير أمثالاً بصورها بل بوزنها ولن تصير أمثالا قطعاً إلا بسقوط قيمة الجودة منها عند المقابلة التي توجب المثلة شرطاً للجواز، فإنّها ما دامت متقومة لم يكن بدّ من أدنى تفاوت فلا تجب المماثلة شرطاً، وهو معنى قوله عليه السلام: (جيدها ورديئها سواء)[٤]

١ـ وعلل ذلك محمد بن الحسن فقال: «لأنّ الفلوس الرائجة أثمان وهي لا تتعين ولذا لا تتعين الفلوس إذا قوبلت بخلاف جنسها كالنقدين، ولا يفسد البيع بهلاكها، فإذا لم تتعين يؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع الفلس الفلسين أولا فيرد أحدهما قضاء لدينه ويأخذ الآخر بلا عوض» (البحر الرائق:١٣١/٦)

٢ـ غير موجودة في نسخة (أ)

٣ـ راجع إلى فتح القدير لابن الهمام: ١٥٨/٦ ، والكفاية: ١٥٨/٦ ، واللباب: ٣٨/٢ ، والمنتقى للباجي: ٦/٥ ، روضة الطالبين: ٣٨١/٣ ، وكشاف القناع: ٢٥١/٣ ، المغني: ١٨/٤

٤ـ قال الإمام الحافظ أبومحمد الزيلعي في نصب الراية: (٣٧/٤) بعد ذكر هذا الحديث: «غريب، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد ...» يعني الحديث الذي رواه أبوسعيد الخدري وأبوهريرة رضي الله عنهما إنّهما حدثا: أنّ رسول الله ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري واستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب. فقال له رسول الله ﷺ : (أكل تمر خيبر هكذا؟) قال: لا، والله يارسول الله إنّا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع. فقال رسول الله ﷺ: (لا تفعلوا! ولكن مثلا بمثل أوبيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان) متفق عليه.(سبق ذكر هذا الحديث وتخريجه راجع إلى ص: ١١٢)

«تمر جنيب» نوع من جيد تمر و«الجمع» تمر مختلط رديء وفي الحديث دليل على عدم اعتبار الجودة إذا اتفق الجنس في الأموال الربوية. (راجع فتح القدير لابن الهمام: ١٥١/٦

/ولا يصيران سواء قطعاً إلاّ بأن يهدر مالية الجودة، فثبت أنَّ العلّة لإيجاب المماثلة [٣٣٤/أ]
وصفان: مكيل جنس أو موزون جنس[١]

والشرط لعمل العلة سقوط قيمة الجودة بانفرادها. وإذا وجب بالشرع أن يكون المكيل إذا قوبل بجنسه مثل يساويه ليجوز صار كما لو وجب بالشرط. فإذا شرط نقصان [٢] عن كيل أو زيادة صار الفضل ربا. كما لو وجبت المقابلة بالشرط فقال: «بعتك قفيزاً» من حنطة بقفيز مثله على أن أسلم قفيزًا ونصف أو «على أن أسلم نصف قفيز» فإنه يكون حرامًا، لأن الفضل بينهما يبقى بلا عوض بحكم الشرط. والفضل بغير عوض ربًا كالبيع بغير ثمن.

ولأن الشرط الثاني جاء مخالفًا للأول فيكون فاسدًا. ولهذا قلنا : إن المماثلة شرط للجواز أصلي والفضل بعده حرام ليكون الأمر على موافقة سائر الأصول. ويحرم الفضل لخلوه عن العوض كما يحرم في سائر البيوع إذا أخلى بالشرط إلا أن ههنا المماثلة لما وجبت شرعًا ثبت الخلو بغير شرط.

فإن لم يسلموا الفتوى في الفلوس قلت : الحفنة من الحنطة [٣] وكذلك

، والكفاية: ١٥١/٦)

١- جمع بعض الفقهاء الكيل والوزن باطلاق كلمة «القدر» بدلاً عنهما فقالوا : إن علة الربا هي القدر مع الجنس. مال إليه صاحب الهداية فقال : «وهو أشمل... (١٤٧/٦) وأيده صاحب العناية فقال معللاً : «لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الآخر... (١٤٧/٦) وكذا هو المفهوم من عبارة صاحب الكفاية (١٤٧/٦) إلا أن كمال الدين بن الهمام خالف في ذلك. مع إقراره بأن القدر أشمل وأخصر - فقال : «ولكنه يشمل ماليس بصحيح. إذ يشمل العدّ والذرع. وليسا من أموال الربا أي علة تحريم الزيادة. » (١٤٧/٦) وهو الأصح. والله أعلم.

٢- في نسخة أ : نقصاناً "

٣- المراد بالحفنة مادون نصف صاع. ولا تجب المماثلة فيها في ظاهر المذهب لأنه لاتقدير في الشرع بما دون نصف صاع. قال في الهداية (١٥٣/٦) : «لأن المساواة بالمعيار فلم يتحقق الفضل. ولهذا كان مضمونًا بالقيمة عند الإتلاف.» وأما إذا كان أحد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز المبادلة بينهما للدخول تحت التقدير. (يرجع إلى فتح القدير لابن الهمام ١٥٢/٦، والعناية ١٥٣/٦، البحر الرائق ١٣٠/٦-١٣١).
وقال كمال الدين بن الهمام في فتح القدير (١٥٢/٦) : «لايسكن الخاطر إلى هذا. بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين. »
ونقل عن محمد بن الحسن «أنه كره التمرة بالتمرتين وقال : كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام.» (١٥٣/٦) وهو الأحوط والله أعلم

سائر المطعومات مما لا يكال أو لا يوزن جودتها متقومة بانفرادها فلا تجب المماثلة شرطًا لجوازها إذا بيع بجنسها قياسًا على العبيد (والدواب) [١] والثياب.

وهذا المعنى فقهي. وهو : إن الأصل أن بيع المال بمال حلال إذا كانا متقومين على مايتراضون وبه يجب الأرباح. وأنه عقد تجارة يقصد به الربح. وبغير مال أو مال لاقيمة له حرام ربا. فكذلك الفضل إذا كان في مقابلة مال يحل ويكون ربحًا. ولا يحل إذا خلا عن العوض، ثم الأموال مادامت مختلفة الجنس لابد أن تتفاوت ماليتها بتفاوت معاني الأجناس. فلا يظهر بفضل أحدهما على الآخر بعدده أو قدره فضل ليس في مقابلة مال لجواز أن يكون الآخر أكثر منه مالية بمعناه.

وكذلك إن اتفق الجنس وكانت الجودة متقومة، لأن المالية بها متفاوت كما يكون باختلاف الجنس وإنما يظهر الفضل بالتقويم. والبيع يتعلق بالعين لا بالقيمة. فإذا لم يظهر بدون التقويم فضل خالى، والبيع لايوجب التقويم لم يحل الفضل على المقابلة إلا بشرط. فإذا لم يشترط حل وكان ربحًا.

وإذا اتفق الجنس وسقطت قيمة الجودة بقيت المالية بقدرها مع مقدار الذات المحسوس. فإذا فضل أحدهما صاحبه بقدر المحسوس الذي جعل قدرًا له فضله بالمالية أيضا، وصار خاليًا عن المقابلة كما لو خلا باسم العلم : لأن المالية صارت معه لما لم يبق للجودة قيمة كحنطين يتقابلان فيفضل أحدهما كان خاليًا عن مقابلة حنط وإذا صار خاليًا صار ربا كما لو شرط في غيرها، فقال : بعتك ثوبي بهذا الثوب على أن يعلم مع ثوبي ثوبًا آخرًا وأسلم مكان ماسميت بصفة.

فثبت أنا متى جعلنا المماثلة شرطًا للجواز أصلاً بعلة أنهما مثلان متساويان قطعًا، لأن مقابلة المال بالمال لا تحقق مع هذه العلة إلا بالمماثلة ثم حرمنا الفضل، لأنه خالية عن العوض يوجب المماثلة شرعًا. كما لو شرط شرطًا، صار الحكمان على موافقة سائر أصول البيوع والأموال. ومتى حرمنا الفضل ابتداء مع قيام المقابلة بتفاوت العوضين في قدرهما مطلقًا كان بخلاف القياس وتحريمًا لما يقدر ربحًا.

١- غير موجود في نسخة (أ)

ونص محمد بن الحسن : أن بيع الفلس بفلسين لايجوز، لأن أحدهما يبقى فضلاً بغير شيء.

وبينا أنا أوجبنا المماثلة لتحقيق مقابلة المال بالمال كما شرطت أصل المقابلة بالمال في غيرها لتصير معاوضةً وبيعًا.

فإن قلت [١] : هو الشبه. إنك لايمكنك إثبات حكمك على موافقة القياس إلا باسقاط قيمة الجودة من هذه الأموال حال المبايعة مع كونها متقومة في غير حالة المبايعة. وإنه قول بخلاف القياس بالرأي فإن النص لم ينص على سقوط قيمة الجودة، وإنما قال : «جيدها ورديئها سواء» أي في جواز البيع.

فالمذكور من الحكم فيما سبق حرمة البيع وحله بالتساوي كيلاً، وإن تفاضلا وصفًا.

والدليل على أنه خلاف القياس : أنَّ الأموال ضربان :

* ماتقومت جودتها، فتكون قائمة حال المبايعة كالثياب والعبيد والجوزات

* وما لاتكون قائمة حال المبايعة فتكون ساقطة أصلاً كالجودة (من الفلوس الرائجة والجودة) [٢] من الملاهي وحلي مصيوغ صياغة لا يحل. فأما أن يكون متقومة في نفسها مع أصلها. ولا تتقوم إذا انفردت أو حال المبايعة فلا. فما المبايعة بمسقطة لقيم الأموال.

وههنا الجودة متقومة مع الأصل. فإن من استهلك على آخر حنطة جيدة ضمن بمثلها جيدة. فلو جاء بردىء لم يجبر صاحبه على القبول.

وكذلك الذهب، ولو كانت ساقطة / القيمة لأجبر على قبول الردىء. كما إذا استهلك [٣٣٤/ب] فلسًا جيدًا رائجًا وجاء بردىء رائج أجبر على القبول. وكما إذا أتلف مربطًا وجاء بقيمة الخشب أجبر على القبول. فدل أنك تثبت هذا الحكم بخلاف القياس. وإنما تثبته بالرأي، وإنه باطل.

ونحن وإن اثبتنا حكمًا بخلاف القياس. فإنَّما أثبتناه بالنَّص وإنَّه جائز بالنَّص.

١- في نسخة (أ) : «قيل»

٢- مابين القوسين تكرر في نسخة أ

ثمَّ النَّص الذي ثبت حكمه بخلاف القياس امتنع قياس غيره عليه. وأنا لاأقيس غير الثمن على الثمن ولا غير الطعام على الطعام، والنَّص تناول الثمن والطعام.

ولكن مع هذا عندي يجوز تعليله بعلة لا تعدو النَّص، وتُقْصر عليه. فكان هذا أولى مما قلته.

قلنا: على أصلنا لا يجوز تعليل النَّص بما لا يتعدى عنه إلى غيره. والحكم المعدول به عن القياس مما لا يقاس عليه غيره[١]

فإذا أوجب التعليل على أصلي وجب بما يتعدى إلى غيره، وعلة المعدول به عن القياس لا تتعدى، فلا يستقيم على أصولنا.

١ـ من شروط القياس أن لا يكون الأصل مخصوصا بحكمه بنص آخر. ومثال ذلك من البيع عقد السلم. فإنه بيع المعدوم وبيع غير مملوك والرسول ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان. لقد جاء في حديث عبدالله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ (لا يحل سلف و بيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك) أخرجه أصحاب السنن الأربعة.

والحديث عند الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك (٥٣٦/٣) وقال: هذا حديث حسن صحيح، وعند أبي داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده (مختصر المنذري: ١٤٤/٥)، وعند النسائي في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع (٢٨٨/٧) وباب شرطان في البيع (٢٩٥/٧) وفي الباب أحاديث غير هذا

والقياس ألا يجوز عقد السلم لذلك والرسول ﷺ أجازه بخلاف القياس لحاجة النَّاس إليه في حديث رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال: (قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: ((من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم)) أخرجه الستة. والحديث عند البخاري في السلم (٤٩/٩ ، ٥١) ومسلم باب السلم ١٢٢٧/٣ ، والترمذي: باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر (٦٠٢/٣)، وأبي داود باب السلم في ثمرة بعينها (مختصر المنذري: ١١١/٣) ، والنسائي، باب السلف في الثمار: (٢٩٠/٧)

ومن شروط القياس أيضاً أن لا يكون حكم الأصل معدولا به عن القياس مثاله: بقاء الصوم بالأكل والشرب ناسياً أنَّ أكل الناسي وشربه لا يفسد الصوم بالنَّص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: ((إذا نسيَ فأكل وشرب فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وأسقاه)) أخرجه البخاري عن أبي هريرة في كتاب الصوم باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً (٧٧/٩) ، والترمذي في الصوم باب ما جاء في الصائم يأكل أة يشرب ناسياً (١٠٠/٣)

بقاء الصوم مخالف لقياس الأصول؛ لأنَّ الأكل والشرب مضادان لركن الصوم، ولا بقاء للشيء مع ما يضاده وينافيه. ولذا لا يجوز تعليل النص الوارد في حق الناسي وقياس غيره عليه؛ لأنَّ تعليل النَّص إثبات مثل حكمه في غيره، والنص متى كان بخلاف القياس يكون مانعاً للقياس. (يرجع إلى ميزان الأصول: ص ٦٤٢ ، ٦٤٣ ، فتح الغفار لابن نجيم: ١٤/٣ ـ ١٥ ، المغني للخبازي: ص ٢٨٩ ـ ٢٩٢)

ثمَّ الجواب عنه: أنَّا لم نسقط قيمة الجودة حال المبايعة بالرأي بل بالاستدلال الذي يجري مجرى النَّص. وهو أنَّا أجمعنا على حرمة زيادة عوض حال المبايعة، فإنه باع قفيز حنطة جيدة بقفيز رديء وزيادة لمكان الجودة حرم. ولن يحرم أحد العوضين عن وصف متقوم مالاً مع الأصل بحال كما لا يحرم في الثياب والجوزات والعبيد وإنَّما يحرم عما لا يتقوم كأخذ العوضين عن أوصاف الملاهي وعن الفلس الرائج الجيد إذا باع بجنسه وزيادة لمكان الجودة، وهذا لأنَّ الوصف في (حق)[١] جواز أخذ العوض عليه مع الأصل يجري مجرى أصل المال. وأصل المال لا يحرم أخذ العوض (عليه)[٢] بلا حق[٣] يبطله المعاوضة إلا أن لايبقى لها قيمة كالخمر والأشياء التافهة التي لاتتمول؛ لأنَّ المال المتقوم محل البيع فلا يحرم البيع لمحله. وإنَّما يحرم لحق مستحق يبطل بالبيع صيانة له أو لأنَّه لا يبقى له قيمة شرعاً، لأنَّ البيع تقويم في الحقيقة.

فصار القول بأنَّ الاعتياض حرام؛ لأنَّ الوصف لم يبق له قيمة أولى من القول بأنَّ الوصف متقوم، وحرم أخذ العوض عليه.

والشافعي نفى الجودة متقومة قياسًا وحرم الفضل وشرط «واليد باليد» بخلاف القياس. فصار ماقلناه أولى.

فإن جازف مجازف وقال :المماثلة عندي حكم وجب أصلاً ليجوز البيع.

قلنا له : فالآن لايبقى لك شيء، لأن المماثلة لايثبت حكمًا ثابتًا لجواز البيع أصلاً ابتداء إلا أن كانت أمثالاً، لأن الحكم لايثبت إلا في محل قابل له. والقليل منها ليست بأمثال بعضها لبعض [٤] ولكنها محل لأنا (نجد) [٥] المال في نفسه فسقط قيمته شرعًا كالخمر لصلاح رأي فيه. فجاز مثله ههنا.

ولم نجد مالاً متقومًا يحرم أخذ العوض عليه في موضع (ما) [٦] ولأن قوله [عليه

١- غير موجودة في نسخة (أ)
٢- غير موجودة في نسخة أ
٣- في نسخة أ «وبلا حق فيه»
٤- راجع إلى التعليق في بيع الحفنة : أي أقل من نصف صاع ... إلى ص : ١١٩
٥- في نسخة (أ) : «لا بالحد»
٦- غير موجود في نسخة (أ)

الصلاة والسلام] : «سواء بسواء» صفة لما دخل تحت البيع والوصف الخاص ليصير مبيعًا. إنه مال متقوم فسواء بسواء ينصرف إليه. ولن يثبت ذلك إلا بسقوط قيمة الجودة، فسقط الاعتراض بهذا الفضل وتبين أن الطعم علّة فاسدة. فالطعم يعدم الحرمة على المماثلة المجوزة ويحرم فضلاً لم يخل عن العوض تسمية لاشرعًا ولا شرطًا. [١] فالقياس على الأصل يجوزه. فالبيوع في سائر الأصول[٢] على الجواز وإنما يبطل بشروط زائدة مفسدة شرعًا.

فأما المال (في نفسه) [٣] فمطلق (للبيع) : [٤] لأنه محلُّه، ولأن الطعم لايعمل هذا العمل [٥] إلا مع الجنس. والجنس لايسير إلى زيادة حرمة بل إلى مساواة المعنى

ولأن قولنا : إنه طعم عبارة عن أعظم وجوه النفع. وبالنفع [٦] يقوم المال، وجعل بذله للتناول والتجارات وغيرها. ولأنه يشير إلى شدة احتياجنا إليه، وشدة الحاجة يزيد باب الإباحة في الأموال.

ألاَ ترى أن الميتة [٧] حرام وتحل عند الضرورة. فلا يجوز أن يجعل سببًا لحرمة التناول.

١- أي من قبل المتعاقدين
٢- أي في سائر عقود المعاوضات
٣- غير موجود في نسخة (أ)
٤- في نسخة (أ) : «البيع»
٥- أي التحريم في البيع
٦- في نسخة أ : «والنفع»
٧- الميتة في اللغة : الحيوان الذي مات حتف أنفه : والجمع مَيْتَات. (المصباح المنير ٥٨٤/٢)
وفي الشرع : مازال روحه بغير تذكية (المفردات في غريب القرآن ص ٤٧٧.) راجع لمعنى الذكاة إلى ص : ١٠٨

فعلم أن الوصف الآخر بمعناه موجب للمساواة بخلاف النكاح : لأنه يرد على الأسباب. وأنه لايحل لشدة الحاجة ولا بالإباحة أيضًا : لأنه لم يخلق بذله كالمال بل مالكًا لغيره وإنما ابتذلت المرأة بعقد النكاح لضرورة النسل. فلم يبتذل إلا بشروط ليعلم أن المحل غير مخلوق للبذلة. فلم يبتذل [١] كما يبتذل المال.

وأما الجمع بين السنة [٢] فدليل على أن العلة فيها واحدة ليصير الكل مالاً واحدًا في الحكم الذي ذكره، لأنه نص على وصف واحد : «مثلاً بمثل والفضل ربا.»

وذلك فيما قلناه وهو : صيرورة الفضل في قدر المعيار الذي به وجبت المماثلة للجواز شرعًا كما يجب شرطًا لصيرورته مالاً متقوِّمًا بمعياره. لابذاته الذي ينطلق عليه الاسم، ومساواته الآخر معنى بجنسه قطعًا لسقوط قيمة الجودة منه حال الانفراد عن الأصل. فالعلة واحدة عندنا فيها[٣] وإنما تختلف العبارة عن المعيار من كيل أو وزن كما يختلف الصاع والقفيز.

وعندك تختلف العلة، فالثمنية غير الطعم.

وإنما خص الأربعة [٤] عندنا من المكيلات ؛ لأنها أصول مايكال. وكذلك الذهب والفضة أصلان فيما يوزن في الأسواق.

فأما الجواب عن قوله : إن الاسم المشتق يدل على أن موضع الأشتقاق منه علة[٥]

فإنه إنما يدل إذا كان مؤثراً فيه كالسرقة والزنا ، فإنهما معصيتان ، وللمعاصي تأثير في إيجاب العقوبات[٦] .

فأما الطعم فتأثيره في الإباحة ، لأنه خلق لنا لا في التحريم .

وأما قوله : «البيع حرم فيه إلا بزيادة شرط» فغير مسلم ؛ لأنا ذكرنا أن من شرط البيع في سائر الأموال إذا صارت متساوية (المعنى)[٧] قطعاً ، المماثلة كما في

١- في نسخة ب : «فلم يبتذل المال كما...»
٢- أي الأحاديث التي وردت في الأموال الربوية.
٣- وهي القدر
٤- وهي : الحنطة والشعير والتمر والملح
٥- راجع المهذب ٢٧٨/١ ، وروضة الطالبين ٣٧٧/٣ ، راجع أيضاً ص : ١٠٥
٦- أي أن المعاصي تكون سبباً في إيجاب العقوبات
٧ ـ في نسخة (ب) : " لمعنى "

الفلوس ، واليد باليد ايضاً إذا كانت أثماناً .

فكذلك ههنا عندنا ,إنما شرطت المماثلة ؛ لأن القفزان من الحنطة إذا قوبل بعضها ببعض أمثال متساوية كالفلوس .

وأما قوله : «أثبت الحرمة مع اسم البر» .

فقد مر أنه أثبتها مع اسم البر المكيل الواجب مثله للجواز ، وإن وصفه المكيل ثابت بمقتضى النص[١] (لابتعليلنا ، ومادونه خارج عنه بمقتضى النص)[٢] من الكيل إلا بتعليلنا[٣] فإن الكيل ليس بوصف محلل ولامحرم ، ولكن المكيل إذا قوبل بجنسه كان موجباً مثلاً (له)[٤] في كيله ليجوز مستحقاً شرعاً كما لو شرط المثل شرطاً ، فهو الحكم الأصلي ، فإذا شرط بعده ما (هو)[٥] أنقص منه أو أزيد عليه يصير رباً : لأنه شرط زائد بخلاف ماأوجبه الأول ، وبه يفسد كل بيع ، ولأنه (يوجب)[٦] فضلاً خالياً عن العوض ، وبه يفسد كل بيع .

فثبت أن علة هذا النص أختلف فيه لاختلافهم في حكم النص .

فعنده حكم النص حرمة البيع إلا بشرطين :

المماثلة في المعيار والقبض بالقبض[٧]

والحرمة أصل بالطعم والثمنية.والحل عارض بكونه مكيلاً أو موزوناً .

فثبت بالإجماع[٨] أن المماثلة التي هي شرط الجواز لاتثبت إلا بمكيل جنس أو موزون جنس ، غير أن الفضل الحرام عندنا بعد هذه المماثلة ، فلم يكن ماليس بمحل للمماثلة محلاً للحرمة .

وعنده الحرمة قبل المماثلة وقبل وجوبها بعلة الطعم،فثبت فيما لايقبل

١- راجع لدلالة الأقتضاء إلى ص : ١٠٧
٢- غير موجود في نسخة (أ)
٣- راجع ص : ١١٠
٤- غير موجود في نسخة (أ)
٥- غير موجود في نسخة (أ)
٦- غير موجود في نسخة (أ)
٧- أي أن يكون يداً بيد
٨- يعني الاتفاق بين الحنيفة والشافعية

المماثلة .

وتفسير المماثلة عندنا : المماثلة كيلاً وحالاً ليصير مثلاً قطعاً ومن الوصف إلا وصفاً يسقط بالنص من الجودة .

فأما إذا اختلفا وصفاً وراء الجودة فلا يجوز نحو أن يكون أحدهما نسيئة والآخر نقداً فلا يجوز لتفاوت نفع بين النقد والنسيئة حالاً ، فيتمكن شبهة فضل خالٍ عن العوض وشبهة الربا حرام كأصله على مايأتيك المسائل .

ولما وجبت المماثلة كالمشروطة في قدر المعيار والحال ، حرم الفضل إذا زالت تلك المماثلة لتحقق فضل خال عن العوض تسمية أو شبهة فضل كالنقد مع النسيئة فيصير المماثلة كيلاً أصلاً عندنا فلم يدخل تحته مالا يكال ولايوزن ، والحرمة بزوالها بناء عليها .

فلا يصح التعليل بما يجعل الحرمة أصلاً ، والمماثلة مُحَلِّلَةً .

وتبين بهذه المسألة أن الطرد ليس بحجة[1]

وإن علة الأصل في كل مسألة اختلف فيها لايثبت لوجود الحكم معه في الأصل كما لم يثبت في هذه المسألة؛ لأنه يوجد معها هو علة وماليس بعلة، فأوصاف الأصل كثيرة والحكم واحد. والعلة واحدة منها. والحكم موجود مع جميعها، وإن القول: إن هذه علة دون غيره ، دعوى كدعوى الحكم أنه جائز أو فاسد، فلا يثبت إلا

١- الطرد في اللغة: مأخوذ من اتّباع شيء بعضه بعضاً ، ومنه : اطِّرَاد الماء أي جريانه ؛ لأن الماء في سيلانه يتبع بعضه بعضاً .
(يرجع إلى الصحاح ٥٠٢/٣ و ولسان العرب ٢٦٨/٣ و والمصباح المنير ٣٧٠/٢)
وفي الاصطلاح : هو ترتب وجود الشيء على وجود غيره. ويقال لترتب عدم الشيء على عدم غيره العكس . (نهاية السول مع التقرير ٤٤/٣)
قال فخر الدين الرازي في المحصول (ج٢ ، ق ٣٠٥/٢) : «والمراد منه : الوصف الذي لم يُعلم كونُه مناسباً ولامستلزماً للمناسب ، إذا كان الحكم حاصلاً مع الوصف في جميع الصور المغايرة لمحلّ النزاع ، فهذا هو المراد من الإطراد والجريان ، وهذا قول كثير من قدماء فقهائنا»
ذهب أكثر أهل العلم أن الطرد ليس بحجة في ثبوت العلية كما ذكره المؤلف رحمه الله، قال الأسنوي في نهاية السول (٤٤/٣) «والطرد لايؤثر في إفادة العلية ، لأن الطرد معناه سلامته من الانتقاض وسلامة المعنى من مبطل واحد من مبطلات العلية لاتوجب انتفاء كل مبطل» (راجع أيضاً ميزان الأصول للسمرقندي ص ٥٩٩-٦٠٢ ، ٦٠٥-٦٠٧ ، وشرح الكوكب المنير ١٩٥/٤)

بدليله بل دعوى الحجة فوق دعوى الحكم فالحكم يثبت بالحجة. ودل اشتغال الناس بالحجة لإثبات الوصف علة في هذه المسألة أنه فصل مجمع عليه .

وإن خلاف هذا شيء أحدثه الظاهريون[1] في القياس الذين عجزوا عن فهم المعاني الفقهية التي تبين الأوصاف المشيرة أو المشيرة إلى العلل منها .

ثم تكلموا في هذه المسألة على العادة من غير تبيين الحكم لكل خصم وتبيين العلة بما هو فقه وإشارة إلى الوصف المؤثر الموجب عند الأعتبار بسائر أصول البيع .

* * *

١- هم طائفة تنسب إلى داود بن علي بن خلف الأصبهاني المتوفي سنة ٢٧٠ هـ ، سميت بالظاهرية لأخذها بظاهر الكتاب والسنة وإعراضها عن التأويل والرأي والقياس ، وكان داود الأصبهاني أول من جهر بهذا القول ، وله كتاب في «إبطال القياس» له تآليف كثيرة غير هذا (هدية العارفين ٣٥٩/٥ ، والأعلام ٣٣٣/٢)

مســــــألــة

[الخلاف في بيع الجنس بالجنس نسأ]

الجنس بانفراده يحرم النسأ [١] عندنا ، فلا يجوز إسلام ثوب في ثوب .

وعند الشافعي : لايحرم[٢].

هذه المسألة لاتخرج إلا بناء على مامضى : لأن بيع الحنطة بالحنطة لايجوز إلا مثلاً بمثل من كل وجه إلا أن الشرع لما قال : «جيدها ورديئها سواء» ألغى اعتباره ، ولم يبق للجودة قيمة بانفرادها عندنا على مامر. وإذا لم يبق لها قيمة جاز البيع لوجود المماثلة في المالية قطعاً ويقيناً. ولم يجز إذا فضل أحدهما صاحبه في قدر الكيل لتحقق فضل بلا مال، وإذا كان أحدهما نسيئاً لم يجز لتوهم فضلٍ من حيث المعنى؛ لأنَّ النقد أفضل معنى من النساء. والشرع لم يبطل اعتباره فلا يبطل. وإنما أبطل تفاوتاً يقع باختلاف صفات الحنطة على ما خلقها الله؛ لأنَّ الجيد والرديء من تلك الصفات.

وهذا تفاوت يقع بفعل العباد، فيبقى معتبراً كالتفاوت بين المقلية[٣] وغير المقلية أو المقلية، فالقلي صنع العباد بل بقاءه معتبراً لما لم يثبت الحل حتى

١ـ النَّسأ في اللغة : التأخير . يقال بعته بنَسَاءٍ ونَسِيءٍ ونَسِيئةٍ بمعنى . قال في المفردات (ص ٤٩٢) : «النسء : تأخير في الوقت »
ومنه قوله تعالى : ﴿إنما النسيء زيادة في الكفر ... ﴾ الآية. (سورة التوبة - ٣٧)
وبيع الشيء بالنَّسَاء : بيعه بالتأخير أي إلى أجل
(يرجع إلى المصباح المنير ٦٠٤/٢ ، والمغرب ٢٩٨/٢ - ٢٩٩ ، المفردات في غريب القرآن ص٤٩٢)

٢ـ لأن علة الربا عنده الطعم أو الثمنية والجنس شرط (الاصطلام: ٨٥/٢أ) راجع أيضاً التعليق السابق في ص: ١٠٠

٣ـ المقلية: الناضجة بالطبخ، من قَلَيْتُ البُرَّ قلياً وقلوته قلواً: إذا أنضجته على المقلى والمقلاة، يقال: قليت اللحم: إذا شويته حتى تنضجه. البر وغيره مقليٌّ ومقلوٌّ، والقلاَّء: هو الذي يقلي البر للبيع. (لسان العرب: ١٩٨/١٥ ، والمصباح المنير: ٥١٥/٢ ، والمغرب: ١٩٤/٢)

يتساويا في النقدية يداً بيد. فصار الكيل والجنس يحرمان البيع يضر في فضل إما في الحال أو في العين. ولما ثبت بالنص إذا زال أحد الوصفين باختلاف الجنس زوال حرمة الفضل وبقاء حرمة النساء علم ضرورة أن الآخر مثله.

فإذا زال الكيل وبقي الجنس حل التفاضل، وحرم النساء كذلك؛ لأنهما سواء في كونهما علّة ربا الفضل. والفضل فضلان، والكلام في ذلك الفضل بعينه لا غيره ولا يشكل بما إذا أسلم دراهم في زعفران، فإنه يجوز، وصفة الوزن (قائمة)[١] ولم يعمل؛ لأنا بالرأي ألحقنا الجنس الذي لا نص فيه بالمنصوص عليه، وهو الذي يبقى بعد زوال الجنس بقوله: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد)[٢] وهو الوزن أو الكيل. فالحرمة بالوزن أو الكيل منصوص عليها فلا يرد عليه نقص. وهو ثابت بالاتفاق، وإنما يجب النظر إلى النص كيف ورد. فنقول: إنَّه ورد في الذهب والفضة والحنطة والشعير والتمر والملح.

والذهب والفضة ثمنان وما سواهما مثمنة[٣] فصار الوصف المضموم إلى الجنس بانفراده يحرم النساء بالنص في ثمنين أو مثمنين. فلذلك لم يثبت في ثمن ومثمن.

والجنس عندنا لم يعمل إلا في ثمنين أو مثمنين؛ لأنه لا تتصور المجانسة بينهما وأحدهما ثمن والآخر مثمن.

وعلل الشافعي للجواز في هذه المسألة بالقياس على أصول تعدم فيها العلة المحرمة التي قلنا أقيسة فاسدة؛ لأنا أجمعنا أن البيع مما يحرم بقيام علة الربا،

١ـ في نسخة (أ): قائم
٢ـ سبق تخرريجه راجع ص : ١٠١
٣ـ راجع لمعنى الثمن والمثمن إلى ص : ٨٢

وأثبتنا قيامه، فلا ينقص عنه إلا بإفساد ما ادعيناه علة. ولم يكن الجواز. حيث ليس فيها علة الربا دليلا على الجواز مع قيام العلة، وإنما هذا القياس بمنزلة من يقول: لم يقم دليل الفساد ولا له حجة إلا خبر يرويه: «أنَّ النبي عليه السلام أمر [عبدالله ابن][1] عمرو بن العاص [2] أن يشتري له بعيراً ببعيرين إلى أجل»[3]

١- غير موجود في النسخ التي اطلعت عليها، والظاهر من كتب الحديث أنَّ الشخص الذي أمره ﷺ الشراء هو ابن عمرو بن العاص، عبدالله وليس بعمرو.والله أعلم
وعبدالله هذا أسلم قبل أبيه عمرو بن العاص. وكان فاضلا حافظاً عالماً. قرأ الكتاب واستأذن النبي ﷺ في أن يكتب حديثه، فأذن له. قال: أأكتب كل ماأسمع منك في الرضا والغضب؟ قال: نعم فإني لا أقول إلا حقاً. قال أبوهريرة: ماكان أحد أحفظ لحديث رسول الله ﷺ مني إلا عبدالله بن عمرو. فإنه كان يعي بقلبه وأعي بقلبي وكان يكتب وأنا لا أكتب. استأذن رسول الله ﷺ في ذلك فأذن له. وهو أحد العبادلة الفقهاء. اختلف في وقت وفاته ومكانه. قال ابن حجر في تقريب التهذيب: ص ٣١٥: «مات في ذي الحجة ليالي الحرة على الأصح بالطائف على الأرجح» وكانت الحرة يوم الأربعاء لليلتين بقيتا من ذي الحجة سنة ثلاث وستين(الا ستيعاب: ٣٤٦/٢ ـ ٣٤٩ ، والإصابة: ٣٥١/٢ ـ ٣٥٢)

٢- وأبوه عمرو بن العاص بن وائل القرشي السهمي الصحابي المشهور أسلم قبل الفتح في سنة ثمان، وقيل: أسلم بين الحديبية وخيبر. وكان رسول الله ﷺ يقربه ويدنيه لمعرفته وشجاعته. وولاه غزاة ذات السلاسل ثم استعمله على عمان. . ثم كان من أمراء الأجناد في الجهاد بالشام في زمن عمر. وولاه عمر فلسطين. وهو الذي فتح مصر وولى أمرتها مرتين: الأولى في زمن عمر بن الخطاب، والثانية: في زمن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم، فلم يزل على مصر إلى أن مات بها سنة ٤٣هـ على الصحيح. كان رضي الله عنه أحداً من الدهاة المقومين في الرأي والمكر والدهاء.(الاستيعاب: ٥٠٨/٢ وما بعدها، والإصابة: ٣٠٢/٣ ، وتقريب التهذيب: ص ٤٢٣)

٣- الحديث: عن عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما: أخرجه أبوداود في البيوع باب في الرخصة (أي في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة).مختصر المنذري: ٢٨/٥، ولفظه: «(أنَّ رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفدت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير باليعيرين إلى إبل الصدقة».
وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده(١٧١/٢ ، ٢١٦/٢) ، والحاكم في المستدرك في كتاب البيوع باب النهي عن السلف في الحيوان (٥٦/٢ ـ ٥٧)وقال: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، والبيهقي في سننه في البيوع باب بيع الحيوان وغيره مما لاربا فيه بعضه ببعض نسيئة(٢٨٧/٥) ، والدارقطني في كتاب البيوع:(٦٩/٣.)
إن في إسناد حديث عبدالله بن عمرو محمد بن اسحاق فقد اختلف المحدثون فيه. قال المنذري في مختصره (٢٩/٥) :وفي إسناده محمد بن اسحاق وقد اختلف أيضاً على محمد بن إسحاق في هذا الحديث. ذكر ذلك البخاري وغيره. وحكى الخطابي: أنَّ في إسناد حديث عبدالله بن عمروأيضاً مقالاً . قال ابن حجر في التلخيص:(٨/٣)«وفي الإسناد ابن إسحاق وقد اختلف عليه فيه» راجع أيضاً سنن البيقهي:(٢٨٧/٥).
وقد أورده البيهقي في سننه-كتاب البيوع/باب بيع الحيوان وغيره مما لاربا فيه بعضه ببعض =

والجواب عنه: نذكره في السلم في الحيوان.

ولنا ماروي عن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)[١] وسمي نسيئة بكون أحدهما نسيئاً وقال: (إنَّما الربا في النسيئة)[٢]

وإنما يستقيم له الكلام تخريجا على المسألة الأولى فإن علة الربا عنده الطعم وحده، والجنس شرط والحكم لا يثبت بالشرط دون العلة.

ولأن الحرام عنده البيع إلا بشرطين: المساواة كيلا، واليد باليد وإنما يحرم إذا كان أحدهما نساء لا لفضل الآخر بل لعدم اليد كما لوكانا نقدين ولم يقبض أحدهما والجنس لا يوجب اليد في المجلس بحال.

فثبت أن ربا الفضل ضربان:

- فضل في قدر المعيار الذي هو شرط الجواز.
- وفضل ما بين النقد والنساء.

وباجتماع الوصفين: مكيل جنس أو موزون جنس يحرمان جميعاً. وبزوالهما يحلان.

= نسيئة ٢٨٧/٥ ـ ٢٨٨ بطريق ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما وصححه. راجع أيضاً تلخيص الحبير: ٨/٣

١ـ الحديث أخرجه الترمذي في كتاب البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ٥٣٨/٣ عن الحسن عن سمرة رضي الله عنه.
وفي سماع الحسن عن سمرة خلاف طويل مشهور. قال الترمذي بعد رواية الحديث: حديث سمرة حديث حسن صحيح. وسماع الحسن عن سمرة صحيح. هكذا قاله علي بن المديني وغيره.
راجع أيضاً أبواب الصلاة باب ما جاء في صلاة الوسطى أنها العصر: ٣٤٢/١ ـ ٣٤٣. وللمزيد راجع إلى معارف السنن شرح سنن الترمذي: ١٢٠/٢ ـ ١٢١ ، وأخرجه أيضاً أبوداود في البيوع باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة مختصر المنذري: ٢٧/٥ والنسائي في البيوع باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة: ٢٩٢/٧ ، وابن ماجة في التجارات باب الحيوان بالحيوان نسيئة: ٧٦٣/٢

٢ـ الحديث أخرجه مسلم في المساقاة باب بيع الطعام مثلا بمثل: ١٢١٧/٣ ، ١٢١٨ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: أخبرني أسامة بن زيد أنَّ النبي ﷺ قال:((إنما الربا في النسيئة))

وإذا وجد أحدهما في بدلين متفقى الوصف في حكم البيع، وهو أن يكون ثمنين أو مثمنين يزول حرمة فضل العين ويبقى حرمة فضل الحال.

وإن شيئاً من كلمات الخصم لا يلزمنا ما لم يبطل ما قلناه من الحكم ثم يثبت ما ادعاه.

فأصحابنا أثبتوا حكماً واحداً بخلاف القياس. وهو أن قالوا: إن الجودة من هذه الأموال لا قيمة لها بانفرادها. وإنما قالوا بعموم النص: (جيدها ورديئها سواء) . وبحرمة الاعتياض عليها حال انفرادها عند المبايعة بجنسها على ما ذكرنا[1]

فإنا لو بقيناها متقومة كان حرمة الاعتياض عليها حكماً بخلاف القياس، فسقط اعتباره بالمعاوضة. وأثبتنا الأحكام الأخر على القياس، وجب المماثلة شرطاً للجواز في أموال متساوية المالية قطعاً.

ثم صيرورة الفضل بزوال المماثلة ربا؛ لأن المماثلة لما استحقت شرعاً صارت كالمشروطة فتكون الزيادة والنقصان حراماً كما لو شرطا المماثلة شرطاً ثم زاد أو نقص بشرط.

ولذلك لم يجعل القبض بالقبض شرطاً في المجلس في غير الذهب والفضة؛ لأن شرط القبض في المجلس ليس بموجب البيع بعينه؛ لأن أصل البيع بيع العين بالدراهم ولايجب القبض في المجلس .

وإنما وجب في الدين بالدين حقيقة أو اعتباراً على مايذكر، فكان شرط

١ـ سبق ذلك في ص : ١١٧، ١١٩، ١٢٠

القبض في الحنطة بعينها بالحنطة بعينها، وهي عين حقيقة وحكماً أمراً بخلاف القياس [١] .

والشافعي نفى الجودة مُتَقَوِّمَةً قياساً وحرم الفضل ، وشرط المماثلة واليد باليد بخلاف القياس،فصار ماقلناه أولى .

فإن جازف مجازف وقال : المماثلة حكم وجب أصلاً ليجوز البيع .

قلنا له : فالآن لايبقى لك شيء؛ لأن المماثلة لاتثبت حكماً ثابتاً لجواز البيع أصلاً ابتداءً إلا أن كانت أمثالاً؛ لأن الحكم لايثبت إلا في محل قابل له. والقليل منها ليست بأمثال بعضها لبعض ولكنها محلّ لحرمة البيع فيه كما يحرم

١ـ القياس :
في اللغة : التقدير .
يقال : قَاسَ الشيءَ يَقِيسُه قَيْساً وقِيَاساً ، واقْتَاسَه وقَيَّسَه : إذا قدّره على مثاله.
المِقْيَاس : ماقيس به .
المِقْيَاس أيضاً : المقدار ، القَيس والقَاس : القدر .
(الصحاح ٩٦٨/٣ ولسان العرب ١٨٧/٦ والمصباح المنير ٥٢١/٢)
وأما في الاصطلاح،فقد اختلف عبارات الأصولين في ذلك.وقال في ميزان الأصول ص (٥٥٤) بعد ذكر عدة تعريفات ومناقشتها : والحد الصحيح أن يقال : القياس إبانة مثل حكم أحد المذكورين بمثل علته في الآخر .
ثم قال : «وإنما ذكرنا لفظه «الإبانة» دون لفظ الإثبات والتحصيل،لأن إثبات الحكم وتحصيله وإيجاده فعل الله تعالى ؛ فهو المثبت للأحكام . أما القياس ففعل القايس وهو : تبيين وإعلام أن حكم الله تعالى كذا وعلته كذا ، وهما موجودان في الموضع المختلف فيه .
وإنما ذكرنا "مثل الحكم "لأن عين الحكم من الحل والحرمة والوجوب والجواز وصف للأصل ، فلا يتصور في غيره . وكذا العلة وصف الأصل ، ولكن يوجد في الفرع مثل حكم الأصل بمثل تلك العلة .
وإنما ذكرنا «المذكورين» دون الشيئين ودون الأصل والفرع حتى يكون القياس شاملاً للمعدوم والموجود ، لأن المعدوم يذكر ويسمى ، وإن لم يكن شيئاً .
وإن شئت قلت : تبيين مثل حكم المتفق عليه في المختلف فيه بمثل علته.«والله أعلم»
والظاهر من عبارة صاحب كشف الأسرار(٢٦٨/٣)أنه مال أيضاً إلى ترجيح هذا التعريف .
(راجع للتعريفات الأخرى ومناقشتها إلى ميزان الأصول ص ٥٥٣-٥٥٤ ، والمغني ص ٢٨٥ ، وكشف الأسرار ٢٦٨/٢ ومابعدها ، وفتح الغفار ٨/٣-٩ ، والمعتمد للبصري ٦٩٧/٢ ، والمحصول ج٢. ق ٩/٢ ومابعدها ، والتمهيد ٣٥٨/٣ و شرح الكوكب المنير ٦/٤ ومابعدها

سائر الشروط الفاسدة والمخلص من الحرمة بأن تصير أمثالا وإنه منعدم ما لم يصر أمثالاً على أصله .

والذي يؤكد الأساس الذي ذكرنا مسائل منها :

إذا (باع ديناراً جيداً ودينارا رديئاً)[١] بدينارين جيدين أو رديئين أو جيد ورديء إنه يجوز عندنا .

وعند الشافعي : لايجوز لأن الجودة متقومة والبدل من كل جانب يجب قسمته على البدلين الآخرين باعتبار القيمة كما لو باع ثوبين (جيداً ورديئاً)[٢] بثوبين جيد ورديء أو عبدين بعبدين.وإذ قسم / الجيد على قيمة الرديء والجيد [٣٣٦/أ] انقسم على التفاوت لا على قدر الوزن فيصير رباً . وقول النبي عليه السلام «وزن بوزن جيدها ورديئها سواء» مخصوص بالمخلص عن فضل هو رباً . وهو فضل ذات أحدهما على الآخر على مامر[٣]

فأما في حق الانقسام على الأبدال فلا؛ لأن الحديث ورد في مماثلة هي مخلص عن الربا ، إنه بالوزن لابالصفات، وهذا حكم آخر .

ولنا : ظاهر الحديث «الذهب بالذهب وزن بوزن»[٤] وقد باع وزناً بوزن .

١ـ مابين القوسين في نسخة (أ) «ديناراً رديئاً» وفي نسخة (ب)«ديناراً »، والإثبات من مقابلة نسخة (ب)

٢ـ في نسخة (أ) «جيد ورديء»

٣ـ راجع إلى ص : ١١٧ ـ ١٢٠

٤ـ أخرجه مسلم - في المساقات - باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً (١٢١٢/٣)عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب وزناً بوزن مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، مثلاً بمثل. فمن زاد أو استزاد فهو رباً»، وأخرجه أيضاً النسائي في البيوع / باب بيع الدرهم بالدرهم (٢٧٨/٧)
وأخرج مسلم - في المساقات - باب بيع القلادة فيها خرز وذهب عن فضالة بن عبيد الأنصاري حديثاً (١٢١٣/٣) وفيه :«الذهب بالذهب وزناً بوزن». وعنه ايضاً (١٢١٤/٣) بلفظ «لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن» .
وأخرجه أيضاً باللفظ الأخير أبو داود - في البيوع - باب في حلية السيف تباع بالدراهم (مختصر المنذري ٢٥/٥)

والمعنى فيه : أن الجودة من هذه الأموال لاقيمة لها حال المقابلة بجنسها على أصولنا. وإنما قيمتها في قدرها الثابت بالمعيار فيجب القسمة على العين دون القيمة كما لو شرط شرطاً وقال : كل مثقال بمثقال .

فتبين بهذا أن الجودة عنده متقومة بانفرداها ، وإن المماثلة عنده ليست بواجب كالمشروط .

وبينا أن المراد بقوله (جيدها ورديئها سواء) في القيمة لافي حق جواز البيع.

* * *

وكذلك قال علماؤنا :

مسألة[١]

[الخلاف في حكم ضمان قيمة الجودة]

من غصب مكيلا أو موزوناً فأذهب جودته بسبب ما. ثم رده ، كذلك لم يضمن قيمة الجودة[٢]

وقال الشافعي: يضمنها[٣] لأنَّ الجودة متقومة لو استهلك المال كله يلزمه قيمتها كلها جيدة كذلك إما من خلاف جنسها وإما من جنسها جيدة كذلك. وكذلك يضمن إذا أتلف الجودة وحدها كالثوب والحيوان فإنه يضمن ما استهلك من وصفها كما يضمن الأصل.

ولا معنى لقولكم: إن أخذ القيمة بإزاء الوصف رباً ؛ لأنا لا نسلم لكم هذا. وإنما الربا فضل ذات في المبايعة، لا أخذ عوض بإزاء الجودة على ما مر بيانه[٤]

إلا أنا نقول: لما ثبت أن ربا الفضل لا يثبت إلا بصيرورة المال أمثالا متساوية قطعاً ، ولن يثبت إلا إذا لم يبق للجودة بانفرادها قيمة فإن التفاوت بين المالين من جنس واحد إذا اتفقا ذاتا وذلك بالكيل لا يبقى بينهما تفاوت إلا بالجودة وحدها. فلما تساويا قطعاً حتى وجبت المماثلة علم أن الجودة وحدها لاقيمة لها.

١ـ غير موجودة في نسخة (أ)
٢ـ يرجع إلى تحفة الفقهاء: ٩١/٣ ـ ٩٢ ، والهداية: ٢٥٥/٨
٣ـ الأم: ٢٥٤/٣ ، ٢٥٥ ، وحاشية أبي الضياء الرملي على نهاية المحتاج: ٤٠٤/٣
٤ـ راجع ص : ١٧٧

وفي الغصب أذهب الجودة وحدها، فلم يكن لها قيمة فلم يضمن كالخمر وكالجودة من الفلس الرائج.

ولكن صاحب الحنطة إن شاء ترك الحنطة الفاسدة عليه وضمنه حنطة جيدة لحنطته؛ لأن لها قيمة مع الأصل، وإنما سقطت قيمتها حال الاعتبار منفردة وهو حال المبايعة بجنسه حتى لم يبق بينهما تفاوت إلا بالجودة وحدها على ما مر[١] وكذلك في باب الزكاة، إنما يكمل نصاب الذهب والفضة بالوزن[٢] لا عبرة للجودة منها.

وإن كان هذا نصاب تجارة؛ لأن معنى التجارة فيها أنها أثمان الأموال كلها. ومعنى الثمنية متعلق بعينهما، فقد خلقتا كذلك فلا يبقى للجودة عبرة بانفرادها بخلاف سائر المكيلات والموزونات؛ لأنها لا تصير مال زكاة إلا بالشراء للتجارة[٣] ومعنى التجارة في معاني الأموال من المالية لا أعيانها. فصارت القيم هي المعتبرة من أصل المال والجودة متقومة مع الأصل.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١- راجع إلى ص : ١١٧ ـ ١٢٠

٢- يكمل النصاب في الذهب إذا بلغ قدره عشرين مثقالا وفي الفضة خمس أواق وذلك مائتا درهم.(مختصر الطحاوي: ص٤٧ ، والقدروي: ١٤٦/١ والإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان: ص٥٣ ـ ٥٤)

٣- أي حال كونها عروضاً للتجارة.

مسألة

[الخلاف في حكم اشتراط القبض في المجلس في شراء الطعام بالطعام]

قال أصحابنا : القبض في المجلس ليس بشرط في شراء الطعام بالطعام[١]

وقال الشافعي: شرط لقوله عليه السلام: ((الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد))[٢] والمراد باليد القبض[٣]ولأنه قال في بعض الروايات (قبض بقبض)؛ ولأن القبض في الذهب بالذهب وجب بهذا اللفظ[٤]

وقال أيضاً : (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد)[٥] وإنه عام في الأثمان والطعام.

ثم القبض وجب في الأثمان وإن اختلف النوعان. فكذلك ههنا . وكان ينبغي أن يشترط مقارناً للعقد إلا أن الشرع أقام مجلس العقد فيه مقام حال العقد.

والمعنى: أنهما مالان يحرم بيع أحدهما بالآخر من جنسه إلا سواء بسواء فلا

١ـ الهداية: ١٦٠/٦ و العناية : ٦ / ١٦٠

٢ـ الحديث أخرجه مسلم في المساقاة ١٢١٤/٣ سبق تخريجه في ص : ١٠٢

٣ـ قسم الرافعي رحمه الله من الشافعية الربا إلى ثلاثة أنواع: ربا الفضل، وربا النساء ، وربا اليد. فقال في تعريف ربا اليد: وهو أن يقبض أحد العوضين دون الآخر.(فتح العزيز: ١٦٢/٨.)

وقال في روضة الطالبين: ٣٧٨/٣ «فإن اتحد الجنس بأن باع الذهب بالذهب والحنطة بالحنطة ثبتت أحكام الربا الثلاثة، فتجب رعاية التماثل والحلول والتقابض في المجلس. وإن اختلف الجنس كالحنطة بالشعير والذهب بالفضة لم تعتبر المماثلة، ويعتبر الحلول والتقابض» أي في كلا الحالين القبض في المجلس شرط للأحاديث الواردة في ذلك (راجع أيضاً للمسألة الاصطلام: ١٨٩/٢ .)

٤ـ أي بلفظ (يد بيد) أي راجع ص : ١٠١

٥ـ راجع حديث عبادة بن الصامت وأبي هريرة رضي الله عنهما . سبق تخريجهما في ص :١٠١

يجوز إلا قبضاً بقبض قياساً على الذهب والفضة.

ولأنّا أجمعنا أن بيع أحدهما بالآخر نساً لا يجوز، وإن اختلف الجنس وذهب شرط المساواة فعلم أنّه إنما (لم يجز لفوت)[١] القبض

ولنا: قول الله (تعالى)[٢]: ﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا[٣]﴾[٤]ولم يشترط قبضاً.

وقال أيضاً: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾[٥] لم يشترط قبضاً . وكذلك سائر العمومات[٦]

والمعنى فيه: أن القبض حكم يجب بالعقد. فلا يكون شرطاً لصحة العقد قياساً على الملك. فإن وقوع الملك للذي يشتريه لما كان حكم العقد لم يكن وجوده شرطاً لصحة العقد. وكقبض سائر السلع إذا اشتريت.

وهذا؛ لأن حكم العقد يعقبه والشرط ما يقارب الشيء. وإذا لم يجب شرطاً لجواز العقد لم يشترط وقوعه في مجلس العقد؛ لأنّ مجلس العقد إنّما يشترط لفعل ما يكون شرطاً للعقد أو أحد ركنه كالقبول؛ فإنه شرط لصحة الآخر لمّا أنّ ساعات العقد ألحق بابتدائه تداركاً لما يتم به العقد.

١ـ في نسخة (ب) لم يجب لفوات
٢ـ غير موجود في نسخة (أ)
٣ـ غير موجود في نسخة (أ)
٤ـ سورة البقرة: ٢٧٥
٥ـ سورة النساء ٢٩ الآية بكاملها: ﴿يَاأَيُّهَا الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾
٦ـ أي لم يشترط القبض في سائر عقود التجارة فلا يكون شرطاً لصحتها

ألا ترى أن قبض المبيع لما لم يكن شرط الجواز بل وجب حكماً بالعقدأو بالملك، لم يشترط وجوده في المجلس. وإن كان لا بد منه في الجملة.

ولا يلزم الصرف[١] والسلم؛ لأن الشرط هو أن / يكون عيناً ولا يكون ديناً بدين. [٣٣٦/ب]

فإن النبي عليه السلام: (نهى عن الكالي بالكالي)[٢]وأصل الصرف ثمن بثمن، والثمن لا يتعين عندنا بالإشارة، وإنما يتعين بالقبض بعده. فشرط في المجلس ليكون في حكم المقارن للعقد؛ لأنَّ ساعات المجلس في حكم ابتدائه في حق إتمام العقد فشرط ليكون المعقود عليه عيناً لا لنفسه. ولن يكون عيناً ليس يجب بالعقد فلا يكون حكماً له، فصلح شرطاً.

١ـ الصَّرْف في اللغة: الفَضْل والتَّقَلُّب. يقال: لهذا صرْفٌ على هذا أي فضل. ويقال: صَرَفْت الصبيان: أي قلبتهم، والصرف أيضاً: جعل الشيء من جهة إلى جهة: ومنه تصريف الرياح. واسم الفاعل منه: صَيْرفيّ وصَيْرَفٌ.وصرّافٌ للمبالغة. وهو من يعرف الفضل ويميز الجودة . الصحاح: ١٣٨٦/٣ ، ولسان العرب: ١٨٩/٩ ، ١٩٠ ، ١٩١ ، والمصباح المنير: ٣٣٨/١ ، والمغرب: ٤٧٢/٢

وفي الشرع: هو بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض.(الكتاب للقدوري: ٤٧/٢ ، وفتح القدير لابن الهمام: ٢٥٨/٦ ، راجع ايضاً التعريفات للجرجاني ص ١٣٢.)

ذكر المؤلف رحمه الله الصرف؛ لأنه يشترط فيه قبض العوضين في المجلس قبل الافتراق وهو شرط الصحة.(اللباب في شرح الكتاب: ٤٧/٢) وأشار إلى السلم للاشتراط فيه قبض رأس المال قبل الافتراق وهو أحد البدلين، وقبضه شرط لجواز عقدالسلم.(تحفة الفقهاء: ١٠/٢)

٢ـ الحديث رواه الحاكم في المستدرك: كتاب البيوع باب النهي عن بيع الكالي بالكالي (٥٧/٢)وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه فوافقه الذهبي.(المستدرك: ٥٧/٢) والدارقطني في سننه: كتاب البيوع:(٧١/٣ ، ٧٢) وقال في تفسير الكاليء بالكاليء: «قال اللغويين: هو النسيئة بالنسيئة».

قال في الصحاح: (٦٩/١) كلأ الدين: أي تأخر، والكاليء: النسيئة. قال الشاعر: وعينه كالكاليء المضمار» أي نقده كالنسيئة التي لا ترجى. وفي الحديث أنه عليه السلام «نهى عن الكاليء بالكاليء» وهو بيع النسيئة بالنسيئة»(راجع أيضاً: لسان العرب: ١٤٧/١ ، والمصباح المنير: ٥٤٠/٢)

وإذا شرط في أحد البدلين شرط في الآخر يستويا؛ لأنهما متعاوضان مستويان في موجبات المعاوضات. والقبض موجبة في الجملة.

وكذلك السلم، أصله شراء حنطة بدراهم، وهي لا تتعين. فيقع ديناً بدين. فشرط قبض رأس المال في المجلس ليصير عيناً بدين. ولم يشترط في الآخر للمساواة لأنه مؤجل. فزال حكم المساواة بشرط أوجب المفارقة كما لو اشترى بثمن مؤجل أو بالخيار.

ولما اختص الصرف أو السلم أصلهما في وروده الدين بالدين، وربما يقع على عين بدين، ويتعذر على عامة التجار معرفة ما يتعين مما لا يتعين. أقيم اسم الصرف والسلم مقام الدين بالدين، وعلق وجوب القبض بهما تيسيراً على الناس ووجب القبض سواء وردا على دين بدين أو عين بدين أو عين بعين.

فقد عدم هذا المعنى فيما نحن فيه؛ لأن الطعام بالطعام لا يجوز ديناً بدين. وإنما يقع أصله عيناً بعين أو عيناً بدين. والعينية كافية في أخذ البدلين، فلا يجب القبض لشرط العينية.

ولم يجز أن يجب شرطاً لنفسه وهو حكم العقد والذي دلَّ عليه أن شرط الجواز في أموال ربا الفضل المساواة مطلقة. وليس في القبض في المجلس معنى المساواة؛ لأنَّ المساواة في ذاته تقع بالمعيار، وفي حاله بالأوصاف وقد وجدت؛ لأن الوصف بانفرادها لم يبق له قيمة.

ولأن القبض وتركه من أفعالنا لا أوصاف الطعام في نفسه وليس يتصل

بالمبيع من فعلنا هذا أو تركه تفاوت معنى كما يتصل بالنقد والنسيئة؛ لأن التجار لا يفرقون بين مالية المقبوض في المجلس وغيره (بعد)[١] أن يكون نقداً بنقدٍ ولا يكون نسيئة.

والثمن لا يتفاوت قط بين أن يقبض في المجلس أولا يقبض. ويتفاوت بالأجل، وثبت أن أحد البدلين إذا كان نسيئاً حرم البيع لعدم المساواة معنى، لا لعدم اليد.

فثبت ان المراد بقوله [ﷺ] : (يد بيد)[٢] عين بعين، نقد بنقد يقال لما ليس بنسيئة: بيع يد بيد.

وقال الله تعالى: ﴿تجارة حاضرة تديرونها بينكم﴾[٣] وحقيقة القبض ثبت بالنهي عن الكاليء بالكاليء. وهذا؛ لأن اليد آلة للتعيين بالإشارة والإحضار كما هو آلة القبض.

وكذلك القبض باليد للتعيين فيكنى به عنه فنحمله عليه لئلا يزيد على كتاب الله شرطاً ليس منه؛ لأنه بمنزلة النسخ.

١ـ في نسخة(أ)فقد

٢ـ ورد لفظ العين في رواية عبادة بن الصامت رضي الله عنه عند مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف بالورق نقداً ١٢١٠/٣ فقال: إني سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء. عيناً بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى وفيه قصة.

٣ـ سورة البقرة ٢٨٢. المراد منها تجارة حاضرة بحضور البدلين تديرونها بينكم بتعاطيهما يداً بيدٍ . تفسير أبي السعود: ٢٧١/١ ، و تفسير البيضاوي: ٢٧٠/١ قال فيه: «والتجارة الحاضرة تعم المبايعة بدين أو عين وإدارتهما: تعاطيهم إياها يداً بيد: أي أن تتبايعوا يداً بيد..»

ودلَّ وجوب القبض في الصرف والسلم في المجلس لإثبات العينية على أن الأثمان لا تتعين بالتعيين في المعاوضات مالم تقبض.

☆☆☆☆☆☆

مسألة

[الخلاف في حكم بيع السيف المحلى بفضة هي أكثر من الحلية]

إذا باع سيفاً محلى بفضة هي أكثر من الحلية وزناً يجوز عندنا كيف ما كان[١]

وقال، الشافعي: لا يجوز[٢]

وكذلك الحنطة في سنبلها بحنطة منقَّاةٍ هي أكثر منها.

واحتج بما روى عن النبي عليه السلام: (أنَّه نهى عن المحاقلة)[٣] وهي بيع

١ـ الهداية: ٢٦٦/٦ ، والعناية: ٢٦٦/٦ ـ ٢٦٧ ، والبحر الرائق: ١٩٥/٦ ـ ١٩٦

٢ـ على أصول الشافعية: ما حرم فيه الربا لا يجوز بيع بعضه ببعض ومع أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة كبيع ثوب ودرهم بدرهمين ومد عجوة ودرهم بدرهمين وكبيع سيف وشقص بألف. يرجع إلى المهذب: ٢٨٠/١ ـ ٢٨١ ، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري: ١٦٢/١ ـ ١٦٣

٣ـ الحديث : روي من حديث ابن عباس ومن حديث أبي سعيد الخدري ومن حديث أبي هريرة ومن حديث جابر بن عبدالله ومن حديث أنس بن مالك.

وحديث أبي سعيد الخدري وحديث جابر بن عبدالله متفق عليهما

وحديث أبي سعيد الخدري عند البخاري في البيوع، باب بيع المزابنة: ٣٩٧/٩ وعند مسلم في البيوع باب كراء الأرض ١١٧٩/٣.

وأما حديث جابر بن عبدالله فهو عند البخاري في المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل ٢٣٢/١٠ ، وعند مسلم في البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ١١٧٤/٣ ، ١١٧٥، ويرجع للروايات الأخرى إلى جامع الأصول ٤٧٥/١ وما بعدها، ونصب الراية: ١٢/٤ ، ١٣.

وفي معنى المحاقلة أقوال منها:

- أنها كراء الأرض بالحنطة
- أنها المزارعة بالثلث والربع ونحوه
- أنها بيع الزرع قبل إدراكه
- أنها بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية

والأخير يطابق تعريف المؤلف رحمه الله قال في لسان العرب ١٦٠/١١: «ونهى النبي ﷺ عن المحاقلة: وهو بيع الزرع في سنبله بالبر. مأخوذ من الحقل القراح». يرجع لمعنى المحاقلة إلى جامع الأصول: ٤٧٤/١ . ٤٧٨ ، والنظم المستعذب: ٢٨٢/١ وعمدة القاريء: =

الحنطة في سنبلها بحنطة منقاة.

ولأن البدل إذا قوبل ببدلين بيعاً انقسم عليهما على قدر قيمتهما كالثوب بالثوبين، والعبد بالعبدين.

ومتى قسم على قيمة السيف والحلية لم يدر ما يصيب الحلية.

ولنا: ما ذكرنا، أن الفضة متى قوبلت بجنسها أو الحنطة اقتضى مثلها شرعاً كما لو شرط شرطاً، ولو شرط أن يكون بإزاء الحلية مثلها وزناً لم ينقسم على قدر القيمتين فكذلك الآن.

ألا ترى أن من اشترى قُلْباً[١] وزنه عشرة بعشرة[٢] ونقد عشرة في المجلس، انصرف إلى حصة القلب كما لو شرط؛ لأن عقد الصرف يقتضي قبضاً في المجلس ليجوز والآخر لا. فمطلق القبض ينصرف إلى ما يوجبه شرعاً لا إليهما كما لو شرط شرطاً.

وأما المحاقلة فعندنا المزارعة والحقلة السنبلة أو نقول: عندنا بيع الحنطة في سنبلها بحنطة منقاة باطل على الإطلاق[٣]

وإنما يجوز بشرط أن يكون المنقاة أزيد[٤]

✪✪✪✪✪✪✪✪

= ٣٩٤/٩ ـ ٣٩٥ ، ولسان العرب: ١٦٠/١١ ، والمصباح المنير: ١٤٤/١ ، والمغرب: ٢١٧/١

١ـ القُلْب: سوار غير ملوي مستعار من قلب النخلة وهو جمارها. (المغرب: ١٩١/٢)

٢ـ في نسخة أ زيادة «وثوباً قيمته عشرة بعشرة» بعد كلمة عشرة

٣ـ علّل ذلك في اللباب في شرح الكتاب(٢٦/٢)فقال: «لأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص، كما إذا كانا موضوعين على الأرض»

٤ـ لأنّ القدر الزائد في هذه الحالة ينصرف إلى التبن وماأشبهه والله أعلم

مسألة [الخلاف في حكم بيع الرطب بالرطب كيلا]

قال أصحابنا: بيع الرطب بالرطب جائز كيلا بكيل[١]

وكذلك الحنطة الرطبة بالرطبة. وكذلك الباقلاء بالباقلاء. وكذلك السلم فيهما (كيلا)[٢] يجوز عندنا

وقال الشافعي لا يجوز[٣]

وعلل بأن بين الباقلتين فضاءً ومتسعاً.

وبيانه ما ذكرنا، أن الفضل في ذات أحدهما على الآخر في كل مطعوم بجنسه حرام إلا بمخلص، وهو المساواة كيلا بقدر الكيل. وإنما تقع المساواة بقدر الكيل إذا اكتنز في وراء المكيال.

فأما إذا تجافى فلا؛ لأنا لا ندري قدر التجافي، وبذلك القدر لم يتساوى.

١ـ يرجع إلى بدائع الصنائع: ١٨٨/٥، وفتح القدير لابن الهمام: ١٧٠/٦ ـ ١٧١ ذكر الفقهاء خلاف محمد ـ رحمه الله ـ أباحنيفة وأبايوسف في غير بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب. (المراجع السابقة.)

٢ـ غير موجودة في نسخة أ

٣ـ الأم: ٢٤/٣ ـ ٢٥، المهذب: ٢٨١/١.

قال في المهذب بعد ما ذكر أن بيع كل رطب بيابسة لا يجوز: «وأما بيع رطبه برطبه فينظر فيه:

✠ فإن كان ذلك مما يدخر يابسه كالرطب والعنب لم يجز بيع رطبه برطبه.... والدليل على أنه لا يجوز: أنه لا يعلم التماثل بينهما في حال الكمال والادخار فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالتمر بالتمر جزافاً...

✠ وإن كان مما لا يدخر يابسه كسائر الفواكه ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز بيع بعضه ببعض؛ لأن الغالب منه أنه يدخر يابسه، وما لا يدخر منه نادر.

والثاني: أنه يجوز؛ لأن معظم منافعه في حال رطوبته فجاز رطبه برطبه كاللبن» راجع أيضاً فتح الوهاب: ١٦٢/١

وهذا كما لا يجوز بيع الحنطة المقلية بالمقلية كيلا؛ لأن التساوي/كان على ما خلق [٣٣٧/أ]
الله الحنطة، وبالغلي تنضم تلك الأجزاء فلا يدرى قدر الانضمام، ولا يظهر بالمكيال المساواة التي كانت قبله، وكانت مخلصاً.

وتبين بمسألة الغلي: أن المعتبر للمساواة التي هي مخلص عن الربا حال اعتدال المكيل للدخول تحت الكيل. دل عليه الحنطة التي تنتفخ بالماء بعد اليبس. فإن الانتفاخ يفرق الأجزاء التي ثبت الالمساواة (عليها)[١] كما أن الغلي يضمها، فتزول تلك المساواة بالتفرق كما تزول بالانضمام.

ولنا: ما روي عن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع الطعام إلا سواء بسواء كيلا بكيل)[٢] وقوله [ﷺ]: ((لا تبيعوا البر بالبر إلا سواء بسواء كيلا بكيل))[٣] (والحنطة بالحنطة مثل بمثل كيل بكيل)[٤] واسم الحنطة ثابت قبل اليبس.

والمعنى ما مر[٥] أن المال ما لم يصر أمثالا متساوية قطعاً وما لم تثبت المساواة التي هي شرط الجواز لا يصير الفضل رباً بخلاف المقلية؛ لأن الربا ما ثبت بهذا الاسم فلم يجب أن يكون أمثالا متساوية معه. بل ثبت قبله[٦] وكانت أمثالا. فامتنع به المماثلة، وبقيت الحرمة.

١- غير موجود في نسخة(أ)
٢- سبق تخريج الحديث في ص : ١٠٠
٣- ورد اللفظ (البر بالبر) في حديث عبادة بن الصامت وحديث أبي سعيد الخدري أخرجهما مسلم في المساقاة ١٢١١/٣ سبق ذكرهما في ص : ١٠١
٤- سبق تخريجه في ص : ١٠٢
٥- راجع إلى ص : ١١٦-١٢٠
٦- أي قبل القلي

ولأنه لما قال عليه السلام: (جيدها ورديئها سواء)[١] علم أن الوصف الذي يختلف على الحنطة بأصل الخلقة بعد وجود اسم الأصل غير معتبر بخلاف الغلي؛ لأن الربا ثبت قبله باسم الحنطة المكيلة؛ لأنها أمثال متساوية قطعاً، والغلي من صنعتنا، وليس من أوصاف الحنطة التي تخلق عليها ليسقط اعتبارها. بل هو صنعنا مانع من ظهور المساواة بالوصف الذي خلقها عليه. وكانت المساواة عليها[٢] شرطاً للجواز بخلاف بلِّ الحنطة بعد اليبس؛ لأنه وإن كان صنعنا، وإنه بالتفريق يعيد إلى ما كانت خلقت عليه قبل أن يبس. فإنها تنعقد حنطة وهي رطبة منتفخة، والمساواة على تلك الأجزاء شرط للجواز والغلي لا يعيد إلى حال يوجد عليها الحنطة بأصل الخلقة.

والمساواة كيلا شرط الجواز بوصف تخلق عليها الحنطة لما صار جيدها ورديئها سواء.

ولا يلزم بيع السمسم بالدهن[٣] فإنه لا يجوز لعدم المساواة. وليسا بأمثال متساوية؛ لأن الربا ثبت لما في السمسم من الدهن؛ (لأنه لا يثبت إلا في جنس واحد وذلك بما فيه من الدهن[٤])[٥] وهما على اعتبار ما فيه أمثال متساوية، ولكن لا يمكن تبلـه وإثبات

١ـ سبق القول في تخريجه. راجع ص : ١١٨

٢ـ أي على الحنطة

٣ـ أي دهن السمسم لتضمنه دهناً

٤ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ـ لا يجوز بيع أصل الشيء بما يخرج منه لتضمن الأصل إياه فتحصل المجانسة قال في العناية: ١٧٢/١ : «واعلم أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن. ولا يعتبر الثاني مع وجودالأول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع =

المساواة لاختلاطه بغيره كالحلية على السيف.

حتى إذا كان الدهن الصافي أكثر جاز؛ لأن المساواة تثبت بغير كيل. فإنا نصرف إلى ما فيه من الدهن مثلها، والباقي بإزاء البقل.

وأما قوله: «بين الكيلين فضاء» فليس بشيء؛ لأن الناس متى تبايعوا كذلك ولم يعتبروا ذلك الفضاء سقط اعتباره كما سقط اعتبار فضاء ثبت للحنطة بأكل السوس.

❊ ❊ ❊ ❊ ❊ ❊ ❊ ❊

= الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع» يعني بمسوسة: الحنطة التي أكلها السوس وحصل الفضاء بداخلها.

مســـألة

[الخلاف في حكم بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل]

وأما إذا باع رطباً بتمر كيلا بكيل جاز عند أبي حنيفة، وعندهم[١] لايجوز لما روي عن النبي عليه السلام أنه سئل عن بيع الرطب بالتمر. فقال: (أينقص إذا جف؟) فقيل: نعم. فقال: (فلا إذن)[٢]

(فلا يجوز)[٣] لتفاوت قائم للحال عند اعتبار بأجزاء التمورةكما لا يجوز المقلي لتفاوت قائم عند الاعتبار بأجزاء غير المقلي؛ لأن تلك الحالة أعدل بخلاف الجيد والرديء، لأنهما سواء في الدخول تحت الكيل.

قال الشافعي: وبهذا الحديث يتبين أن المعتبر للمساواة حال التناهي[٤] فإن النبي عليه السلام أبطل (البيع باعتبار)[٥] التفاوت بينهما قياساً على حال صيرورة

١ـ يعني أبايوسف ومحمد والشافعي. وكذلك عند مالك وأحمد رحمهم الله جميعاً .(راجع فتح القدير لابن الهمام: ١٦٨/٦ ، والمنتقى للباجي: ٢٤٣/٤ ، والأم: ٢٤/٣ ـ ٢٥ ، والمهذب: ٢٨١/١ ، والاصطلام: ١٩٠/٢ ، وكشاف القناع: ٢٥٦/٣ ، والمغني: ١٦/٤.)
قال في فتح القدير (١٦٨/٦)« فقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز»

٢ـ الحديث أخرجه الإمام مالك بن أنس في الموطأ كتاب البيوع باب ما يكره من بيع التمر: ٦٢٤/٢ عن سعد بن أبي وقاص. قال سعد: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب. فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا يبس فقالوا: نعم فنهى عن ذلك.
وبطريق مالك رواه كل من:
الترمذي: كتاب البيوع/ باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزابنة ٥٢٨/٣ وقال: هذا حديث حسن صحيح
وأبي داود: كتاب البيوع/ باب في التمر بالتمر مختصر المنذري: ٣٢/٥
والنسائي : كتاب البيوع/ باب اشتراء التمر بالرطب: ٢٦٨/٧ ـ ٢٦٩
وابن ماجه: كتاب التجارات/ باب بيع الرطب بالتمر ٧٦١/٢.

٣ـ غير موجود في نسخة(ب)

٤ـ أي حال الكمال والادخار المهذب: ٢٨١/١

٥ـ غير موجود في نسخة(أ)

الرطب تمراً.

ولهذا قال محمد وحده: لا يجوز بيع الحنطة الرطبة باليابسة[١] ؛ لأن التناهي حال الحنطة باليبس. فعند مقابلته بما لم يتناه يجب اعتبار المساواة على أجزاء المتناهية كما في الرطب بالتمرة.

ولا يقال: إن الرطوبة عيب في الحنطة؛ لأن العيب (ما يخلو عنه)[٢] أصل الفطرة السليمة[٣] لا ما يخلو عنه كالطفولة في أولادنا لا يعد عيباً، وكذلك عدم الفعل تشبيهاً.

والكلام لأبي حنيفة على البناء ما مر[٤] إن المال مالم يصر أمثالا متساوية لا تجب المساواة شرطاً لجوازها. وما لم تثبت المساواة شرطاً للجواز لا يصير الفضل رباً. فثبوت الربا دليل على أن المال الذي فيه الربا أمثال متساوية قطعاً[٥]

ودخل أبوحنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، فقال: الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً فيجوز بقوله [ﷺ]: ((التمر بالتمر مثل بمثل)) وإما أن لا يكون فيجوز بقوله [ﷺ] (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد)[٦]

١ـ راجع أيضاً العناية (١٧٠/٦)

٢ـ في نسخة (ب) "ما يخلو عن "

٣ـ راجع أيضاً أنيس الفقهاء (ص٢٠٧)

٤ـ في ص: ١١٦ـ١٢٠

٥ـ وإذا كان أمثالا متساوية قطعاً يجوز بيع بعضه ببعضه كيلا بكيل

٦ـ أشار بهما رحمه الله إلى شقي حديث عبادة بن الصامت وحديث أبي هريرة رضي الله عنهما والله أعلم. قال عبادة في رواية مسلم ١٢١١/٣ قال رسول الله ﷺ ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح سواء بسواء يداً بيد. فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد))

وأما حديث أبي هريرة فهو بلفظ ((التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح =

وهذا حسن في المناظرات لدفع الخصم.

وأما حكم الحادثة فلا يعرف بها[١] لجواز قسم ثالث كالحنطة المقلية. والوجه فيه أن يحتج بقوله [ﷺ] : ((التمر بالتمر مثل بمثل)). والتمر اسم (جنس)[٢] للتمر الخارجة من النخل من أول ما ينعقد صورة إلى أن يدرك. وما يختلف عليه بين ذلك أحوال وصفات[٣] ؛ لأن الصورة لا تتبدل بها كالرطوبة في الحنطة واليبوسة والصغر في الآدمي والكبر.

وعن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع التمر قبل أن تزهى). قيل: وما تزهى يارسول الله فقال: أن يحمَّر أو يصفر)[٤] فسماه تمراً وهو بسر؛ لأن الربا ثابت بينهما. والربا لا يثبت إلا بعد المجانسة بين البدلين: إما تعيينهما أو بما في الضمن؛ ولا

= بالملح مثلا بمثل يداً بيد ، فمن ازداد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه)) أخرجه مسلم ١٢١١/٣.(سبق ذكرهما وتخريجهما في ص:١٠١.وفي معناهما أحاديث كثيرة).

١ـ بهذه المناظرة، أو بالمساواة بين التمر بالتمر على الإطلاق سواء كان رطباً أو يابساً

٢ـ في نسخة(أ):خاص

٣ـ أول التمر طلع ثم خَلاَلٌ ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر. لسان العرب: ٤١٤/١ راجع أيضاً كتاب الأمثال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص ٨٧.

يقال للبسر الملون: الزهو. ويقال أيضاً: ظهر في النخل الزهو: إذا ظهرت الحمرة والصفرة فيه. لسان العرب: ٤١٤/٢ كذلك ورد في الحديث.

٤ـ الحديث أخرجه البخاري في البيوع باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها ٤٠٩/٩ ، ومسلم في المساقاة باب وضع الجوائح: ١١٩٠/٣ كلاهما عن أنس بن مالك رضي الله عنه. إلا أنه ليس في لفظ الحديث موضع الاحتجاج وهو تسمية ثمر النخل تمراً قبل أن تزهى. لقد جاء في لفظ البخاري: ((عن النخل حتى تزهو ـ الحديث)) وفي لفظ مسلم: ((...عن بيع ثمر النخل الحديث)) باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ١١٦٥/٣.

وعند الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ٥٢٩/٣ ، وأبي داود في البيوع باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها مختصر المنذري: ٤١/٥ بلفظ نهى عن بيع النخل حتى يزهو. ليس فيه أيضاً موضع الاحتجاج.

مجانسة بما ههنا[١] في الضمن؛ لأنه ليس في ضمن التمر رطوبة الرطب ولا في الرطب أجزاء تمورة الآخر بل فيه حالة تنعدم بالجفاف فثبت أن المجانسة ثابتة بالعين.

وقد ثبت بالمسألة الأولى أن المساواة (مبنية)[٢] على أي وصف كان مال الربا من الأوصاف التي تختلف عليها الذات خلقة بعد أن صار مال الربا، ولا بين المساواة على أعدل الوصفين؛ لأن الأعدل في معنى الأجود، وإنه ساقط بالنص.

فإن قيل: أليس إذا حلف: لا يأكل هذا الرطب، فأكله بعد ما أتمر لا يحنث، وبتغير الوصف لا تنحل اليمين.

قلنا: تنحل إذا كان الوصف داعياً إلى اليمين، وهذا وصف داعي؛ لأن المرء يمتنع عن الرطب لرطوبته ويرغب فيه لرطوبته.

ألا ترى لو حلف لايأكل هذا الرطب وهو تمر انعقدت اليمين: ولو كان غيره لم ينعقد كما لو تبين أنه (عنب)[٣] ولو أوصى بهذا الرطب لرجل، فأتمر قبل أن يموت، لم تبطل الوصية. ولو صار شيئاً آخر لبطل كما لو جعله دِبْساً[٤] قبل موته.

١ـ في نسخة ب:هنا
٢ـ في نسخة ب:مثبتة
٣ـ في نسخة أ:عبب
٤ـ الدِّبْس: هو عصارة الرطب. قيل: هو عصارته من غير طبخ.(لسان العرب: ٧٥/٦ ، والمصباح المنير: ١٨٩/١)

وأما أبويوسف[١] فإنه جوز بيع الحنطة الرطبة باليابسة وقال: القياس في الرطب ما قاله أبوحنيفة (لكني)[٢] تركته بالنص[٣] بخلاف القياس.

والجواب عن الخبر: أن مداره على زيد بن أبي عيَّاش، وكان ضعيفاً في

١ـ هو الإمام يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري لزم أباحنيفة، وأخذ الفقه عنه، وهو المقدم من أصحابه.
وولي القضاء لثلاثة خلفاء المهدي والهادي والرشيد. فلم يزل قاضياً حتى مات سنة ١٨٢هـ في خلافة هارون الرشيد. وهو أول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها. وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض.
الجواهر المضيئة: ٦١١/٣ ـ ٦١٣ ، والفوائد البهية: ص ٢٢٥ ، ومناقب أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن للذهبي: ص ٥٧ وما بعدها

٢ـ في نسخة ب لكن

٣ـ وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب، فقال رسول الله ﷺ : أينقص الرطب إذا ييبس؟ فقالوا: نعم. فنهى عن ذلك. سبق ذكر الحديث وتخريجه في ص: ١٥١

النقلة[١] ولأنه جاء مخالفاً للحديث المشهور المقبول بالإجماع (وهو قوله)[٢]: (التمر بالتمر) ؛ لأن النبي عليه السلام في ذلك الخبر جعل المساواة شرطاً للجواز من (غير)[٣] تقييد بحالة. وهذا يقيد (بحالة)[٤] الاعتدال وبمماثلة لاتتغير بالمدة وبالجفاف.

ولما وجب رده على ظاهره[٥] حمل على حاله لئلا يرد أصلا. وهو أنه يحتمل

١ـ روى هذا الحديث مالك بن أنس في الموطأ: ٦٢٤/٢ عن عبدالله بن زيد أبي عيّاش عن سعد بن أبي وقاص. وبطريقه الترمذي وأبوداود والنسائي وابن ماجه كما ذكر في ص :١٥١ وأعلّ كثير من العلماء هذا الحديث بضعف وجهالة زيد أبي عياش منهم الطحاوي والطبري وأبومحمد ابن حزم وعبدالحق. راجع تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني: ١٠/٣ وتبعهم جماعة من الفقهاء كصاحب الهداية: ١٦٩/٦ ، والمؤلف رحمه الله وغيرهما. قال الخطابي مشيراً إلى ذلك: «وقد تكلم بعض الناس في إسناد سعد بن أبي وقاص، وقال: زيد أبي عياش راويه ضعيف ومثل هذا الحديث على أصل الشافعي لا يجوز أن يحتج به، وليس الأمر على ما توهمه.
وأبوعياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ. وهو لا يروي عن رجل متروك الحديث بوجه وهذا من شأن مالك وعادته معلوم. مختصر النذري: ٣٣/٥ . قال المنذري في مختصره: ٣٤/٥ ـ ٣٥ : بعد نقل كلام الخطابي وقد حكى عن بعضهم أنه قال: زيد أبوعياش مجهول وكيف يكون مجهولا؟ وقد روى عنه اثنان ثقتان. عبدالله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان، وعمران بن أبي أنس. وهما ممن احتج به مسلم في صحيحه. وقد عرفه أئمة هذا الشأن. هذا الإمام مالك قد أخرج حديثه في موطئه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لأحوالهم. والترمذي قد أخرج حديثه وصححه ـ كما ذكرناه ـ وصحح حديثه أيضاً الحاكم أبوعبدالله النيسابوري.
وقد ذكره مسلم بن الحجاج في كتاب الكنى، وذكر أنه سمع من سعد بن أبي وقاص. وذكره أيضاً النسائي في كتاب الكنى وما علمت أحداً ضعفه والله عزوجل أعلم.
وبالإضافة إلى ما ذكر من المراجع يرجع أيضاً إلى نصب الراية ٤١/٤. وتلخيص الحبير ١٠/٣ ، وفتح القدير لابن الهمام: ١٦٩/٦ وتقريب التهذيب: ص٢٢٤ ، قال فيه: «زيد بن عياش أبوعياش المدني صدوق من الثالثة».
قال الزيلعي في نصب الراية(٤١/٤): «قلت: وعلى تقدير صحة الحديث فقد ورد في بعض طرقه أنه عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة» راجع إليه لمعرفة الطرق ومناقشتها

٢ غير موجود في نسخة أ

٣ـ غير موجود في نسخة أ

٤ـ في نسخة(أ)"بحال"

٥ ـ أي من غير تقييد بقيد

أنه سئل عن بيع تمر اليتيم بالرطب، فقال: لايجوز لما فيه من الغبن[١]

فإن قيل: إن النبي عليه السلام شرط للجواز مساواة مطلقة وأنه يدخل فيها القدر والصفات جميعاً بل ذكر الكيل بالكيل تبييناً لما تقدر به الذاتان فيبقى المساواة في الصفات ثابتاً بقوله: (سواء بسواء) إلا أنا لم نعتبر من حيث الجودة بنص آخر، وهو قوله: (جيدها ورديئها سواء) والرطوبة والتمورة ليسا من الجودة في شيء.

وإنما الرداءة اسم لمعان تعد عيباً عند المقابلة بالجودة فسقط اعتبار المساواة في هذا الباب لا غير.

قلنا: إن الشافعي لا يجوز بيع الرطب بالرطب[٢] والوصف واحد وكذلك الباقلي بالباقلي.

ثم الجواب ما ذكرنا؛ أن المال لا تشترط فيه المساواة للجواز حتى يصير أمثالا متساوية قطعاً ولا يصير إلا بعد أن لا يبقى لأحوال الذات في الجنس عبرة وقيمة بانفرادها.

ولأنا نقول: أكثر ما يخلف به مالية العين بالجودة والرداءة. فلما سقط هذا

١ـ هذا احتمال بعيد والله أعلم؛ لأنه لم يرد مثل ذلك الاحتمال في أي طريق من طرق الحديث ولم ينقل من أحد من السلف مثله ومن أعله أعل بجهل زيد أبي عياش وهو معروف وموثوق عند كثير من المحدثين كما سبق تفصيله.
ولكن القول في هذا المقام قول أبي يوسف رحمه الله: «القياس في الرطب ما قاله أبوحنيفة لكني تركته بالنص بخلاف القياس»

٢ـ يرجع إلى المهذب: ٢٨١/١ ، وفتح الوهاب: ١٦٢/١

بالنص دل على سقوط سائرها من طريق الدلالة بخلاف النقد والنسيئة، لأنه ليس من جملة ما يختلف عليه أحوال الخلقة بل يثبت باثباتنا ديناً نسيئة. فأشبه حال الغلي.

❁ ❁ ❁ ❁ ❁ ❁ ❁ ❁ ❁ ❁

مسألة

[الخلاف في حكم بيع فلس بفلسين بأعيانهما]

إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا يجوز؛ لأنهما أثمان فلا يتعين بالتعيين في البيع كالدراهم، وإذا لم تتعين بطل البيع كما لو لم يتعين[١]

ولهما: أنه باع عيناً عددياً بعينين عدديين فيجوز كالجوزة بالجوزتين.

وإنما قلنا عيناً؛ لأن عدم التعيين من جهة أنها أثمان فإنها بعد الكساد

١ـ قال في العناية شرح الهداية ١٦٢/٦: بيع الفلوس بجنسه متفاضلا على أوجه أربعة:
- بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما.
- وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما.
- وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما.
- وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما.

والكل فاسد سوى الوجه الرابع.

أما الأول؛ فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على إهدار قيمة الجودة منها فيكون أحد الفلسين فضلا خالياً عن العوض مشروطاً في العقد وهو الربا.

وأما الثاني؛ فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض.

وأما الثالث؛ فلأنه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته. فيبقى الآخر بلا عوض.

وأما الوجه الرابع: فجوزه أبوحنيفة وأبويوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله: لايجوز؛ لأن الثمنية في الفلس ثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما، فبقيت أثماناً وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين .

وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة.»

تتعين[١] وإنما صارت هي أثماناً باصطلاح الناس لا بالصيغة.

ألا ترى أنَّ النَّاس إذا اصطلحوا على كسادها كسدت وصارت سلعة. وإنهما قد عيناهما لجواز العقد، فإنهما قصدا الجواز بهذا التعيين؛ لأن العقد لايجوز غير عين. ولن يتعين ما لم يصر سلعة. ولا يصير سلعة ما لم يكسد ولا كساد إلا بعد رفع الاصطلاح على الرواج، فصار هذا منهما رفعاً للاصطلاح على الرواج في حق ما بينهما ولأهما على أنفسهما ولاية، فارتفع في حقهما وصارت سلعة.

وهذا كالمحكم يصير كالقاضي من جهة الإمام في حق ما (بينهما)[٢] لأنهما ولأه الحكم عليهما ولأهما على أنفسهما ولاية ، فصار كالذي ولأه عامة الناس في حق الجملة بخلاف الدراهم ، لأنها أثمان صيغة لا اصطلاحـــاً ، فلـم يـرتفع ذلـك باصطلاحهما/ كما لا يرتفع باصطلاح الجملة [٣٣٨/أ]

ألا ترى أن الزكاة فيها تجب كيف ما أمسكها، لأنها للتجارة صيغة وسائر الأموال إذا أمسكت للبدلة خرجت عن التجارة، لأنها صارت للتجارة بتجارة مالكها لا بنفسها، وهذا لأنها ما دامت رائجة فهي أمثال متساوية قطعاً، لأنه لا قيمة للجودة

١ـ اعترض على هذا محمد رحمه الله بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين، فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنيتها سواهما.
وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الأصل. وأما إذا اصطلحوا على كونها عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً. وإن كان من سواهما متفقين على الثمينة.(العناية: ١٦٢/٦ ، والبحر الرائق: ١٣١/٦ ، وفتح القدير لابن الهمام: ١٦٣/٦.) وفيه نظر؛ لأن ذلك ينافي قولهما: «إن الثمنية في حقهما ثبتت باصلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما»(العناية : ١٦٢/٦)

٢ـ أي ما بين المتحاكمين

منها، فكانت المساواة شرطاً لجوازها. و (متى)[١] كسدت صارت للجودة قيمة لزوال الاصطلاح. ولما صارت لها قيمة لم يكن أمثالا متساوية، فلم تجب المساواة شرطاً للجواز.[٢]

✪✪✪✪✪✪✪✪

١ـ في نسخة(ب)"من"

٢ـ ليس ذلك موضع الخلاف إنما الخلاف في حالة الرواج وما قال فيه الإمام محمد أسلم. والله أعلم

مسألة

[الخلاف في حكم بيع السويق بالدقيق]

إذا باع سويقاً[١] بدقيق لم يجز عند أبي حنيفة بحال[٢]

وعندهما: يجوز بكل حال. واحتجا في الأصل بأنهما شيئان مختلفان؛ لأن كل واحد منهما بحيث لايعود إلى صاحبه.

وبيان صحة ذلك:

إن الاسم مختلف والمقصود مختلف كما اختلف اسم الشعير والحنطة، والمقصود منهما.

ولأن الثياب أجناس مختلفة لاختلاف المقاصد منها، وإن كان الأصل قطنا، والصورة واحدة.

فهذان اللذان اختلفا مقصودا واسما أولى بخلاف الحنطة المقلية بغير المقلية: لأن اسم الحنطة قائم فيهما. وإنما اختلف بالغلى الوصف إلى نقصان فوت يقع الندر.

ومثل هذا الاختلاف لايلحقه بجنسين كما لو عفن إحداهما أو يبقى بالاسم

١ـ السويق: ما يجرش من الشعير والحنطة وغيرهما.(البحر الرائق : ١٣٥/٦ ، والمصباح المنير: ٢٩٦/١ .)
قال في الكفاية شرح الهداية: ١٦٥/٦ ـ ١٦٦ «الدقيق يصير سويقاً بأن يرش عليه الماء، ثم يغلي فيصير سريقاً. ببغداد يتخذ سويقاً بهذه الصفة.»

٢ـ أي لا يجوز بيع سويق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا و لامتساوياً.
أما سويق الحنطة بدقيق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه لاختلاف الجنس كما ذكره ابن الهمام في فتح القدير: ١٦٥/٦

شبهة المجانسة، والربا يجب بالشبهة على ما ذكرنا بعد هذا.

ألا ترى أن الآخر بحيث يصير مقليا إلا أن الشرع اعتبر المختلفين على حال ماقبل الغلى، فحرم لفوات المخلص.

وأما الطحين فهو عين الحب. والاسم يحدث به. وقد حدث لكل واحد منهما اسم على حدة؛ هذا دقيق وهذا سويق كاسم الشعير والحنطة يحدثان بانعقاد الصورة. فدل اختلافهما على اختلاف مسميهما.

وكذلك الحنطةُ بالسويق لايجوز؛ لأن الحنطة تغلى، وما فيه تغير جنس؛ لأنا ذكرنا أن الحنطة المقلية جنس لغير المقلية. فلا يبطل معنى الجنسية الموجبة للربا بالطحن.

وإن كان يصير شيئا آخر كالدقيق بالحنطة. فإن الدقيق غير الحنطة. والربا ثابت لاعتبار الضمن، أو يبقى بهذا الترتيب شبهة المجانسة.

فأما إذا صارا طحينين فلا يجري الربا بينهما للضمن، فليس أحدهما بمتضمن للآخر، بل لعينيهما. واسم التعيين مختلف. وكانا كثوبين، أحدهما هروي والآخر مرويٌّ، لم يكن بينهما مجانسة. وإن كان الأصل غزلا؛ لأن الاسم يحدث بالنسج. والصنعة مختلفة في حق المقصود به.

ولأبي حنيفة: أن بيع المقلية بغير المقلية ربا لتجانسهما بصورتيهما على ما

مر.[١]

ألا ترى أن هذا الربا لايثبت إلا بعد الجنس إما(بالعين)[٢] أو بالضمن. وليس في ضمن المقلية غير المقلية ولا في ضمن غير (المقلية)[٣] مقلية. فثبت أن الربا جاز بالمجانسة عينا. وإذا كان جنسا قبل الطحن. فكذا بعده كالطحينين مقليين أو غير مقليين.

وهذا؛ لأن الطحن صنعة واحدة؛ فلا يتبدل به جنس المصنوع إلا أن يكونا جنسين قبل الطحن.

فإن قيل: الغلى عيب ونقصان، يفوت به بعض أغراض الحنطة، وبالنقصان لايتبدل الجنس.

فأما إذا طحنا فالسويق ينتفع به لوجوه لاينتفع به الدقيق؛ فيصير ان جنسين باختلاف المنافع بالطحن، وباختلاف الاسم.

وبيان ذلك: أن الحنطة قبل الطحن لاتؤكل عادة. ولكن تبذر ويطحن للأكل. وبالغلى تفوت فائدة البذر، (فكان)[٤] نقصانا لا غير. وبعد الطحن لاتبذر، ولكن تؤكل.

ومنفعة الأكل منهما مختلفة: فالدقيق يخبز منه أشياء. ويؤكل بعد الخبز أو

١ـ في ص: ١٤٨
٢ـ في نسخة ب:« العينين».
٣ـ في نسخة ب:«الربا».
٤ـ في نسخة ب:«فكانا».

الطبخ بالماء كالعصائد[١] والإطرِيَة[٢] ونحوها.

والسويق يؤكل كذلك، ولا يتهيأ منه الخبز.

فصارا جنسين باختلاف منافعهما كالثوب بعد النسج أو أشد.

فكل (نوع ثوب)[٣] لو لبس مكان آخر نفع مثله أو قريباً منه.

ووجه آخر: أن بيع السويق بالحنطة لا يجوز إلا لتجانس بالعين. فالطحين عندنا غير الحنطة على ما مر في الغصب[٤] لكن لتجانس بما في ضمن الحنطة والذي في ضمنه دقيق فلو لم يكن الدقيق من جنس السويق لما ثبت الربا بينهما باعتبار المجانسة بما في ضمن الحنطة.

ولا معنى لاعتبار أن الحنطة مما يغلي فيصير سويقاً؛ لأنه لا ربا بين الزرع والحنطة. والزرع بحيث يؤول إلى الحنطة.

إلا أنهما يقولان: الربا بعد الجنسية يعتمد صفة الكيل أو الوزن.

ويقولان أيضاً: إن الربا ثبت بين السويق والحنطة؛ لأن الحنطة تغلي فلا

١ـ العصائد: جمع«العَصِيدَة»: وهي دقيق يُلَتّ بالسمن ويطبخ، يقال: عَصَدْتُ العصيدة وأعصدتها أي:اتخذتها. وعَصَدَ الشيء يَعْصِده عَصْدًا: لواه. فهو معصود وعصيد. قال في الصحاح (٥٠٩/٢):«والعصيدة التي تعصدها بالمسواط فتمرّها به فتتقلب ولايبقى في الإناء شيء منها إلا انقلب.» يرجع إلى الصحاح ٥٠٨/٢ـ٥٠٩، ولسان العرب ٢٩١/٣.

٢ـ الإطْرِيَة: ضرب من الطعام. قال في اللسان (٧/١٥):« قال شمر: الإطرية شيء يعمل مثل النشاستج المُتَلَبِّقَة، وقال الليث: هو طعام يتخذه أهل الشام. ليس له واحد. قال الجوهري (الصحاح ٢٤١٣/٦): هو بالفارسية: لاخْشَهْ»

٣ـ في نسخة ب ثوب نوع

٤ـ راجع فصل حد الإتلاف في كتاب الغصب(١٦٤/٧)، ولذا ذهب فقهاء الحنفية إلى أن من اغتصب حنطة فطحنها ملكها وضمن لصاحبها مثلها. راجع أيضاً: الهداية: ٢٥٩/٨، وبدائع الصنائع: ١٤٨/٧ ـ ١٤٩

تصير شيئاً آخر. ويصير في ضمنه من السويق. والزرع لا يصير حنطة في ضمنه إلا بولادة/ ما لم يكن [١] من صورة الحنطة كحبل المرأة بالولد [٣٣٨/ب]

فأما الحنطة إذا قليت فليس يحدث ما لم يكن، ولكن تتبدل صفتها وتبدل الوصف لا يوجب تبدل الموصوف، فتكون الحنطة بعينها متضمنة للسويق. والربا مما يثبت بالشبهة فثبت بهذا الطريق الربا بين السويق والحنطة التي لم تقل، لا لأن الدقيق جنس السويق.

ولأنا لا نقول إن الدقيق قائم في الحنطة أو الدهن في السمسم (فإنه)[٢] ليس بقائم ولكنه بحيث يحدث بالعصر والطحن فإذا كان الربا يجري لما يحدث (بالعصر والطحن)[٣] عن صفة قائمة للحال ليس هو بدهن ولا دقيق كانت الحنطة القائمة على صفة يحدد منها السويق بالطحن فإن الأصل فيه لب الحنطة، وبالغلي يتغير وصفه ولا يحدث أصله.

فهذا وجه حسن ذهبا إليه احتياطاً لباب الربا.

وأبوحنيفة يقول: لما كان لا يحدث من الحنطة سويق بالطحن حال ما ثبت الربا بينهما وبين السويق علم أن الربا ثابت على ما يحدث منه على الصفة القائمة وهو اللب الذي لم يقل وإنما يحدث منه الدقيق.

وأما ما يحدث بحال لم يوجد بعد، فهو عدم فلا يبنى الربا عليه.

١ـ أي ما كان موجوداً قبل أن تتولد في السنبلة
٢ـ في نسخة (ب)"وإنه"
٣ـ في نسخة (أ)"وبالطحن والعصر"

هذا قياس ظاهر، وما قالاه استحسان قوى(١).

- * -

١ - وهو القياس الخفي الذي قوى أثره. وهو - عند الحنفية - مقدم على القياس الجلى إذا ضعف أثره. (كشف الأسرار ٦/٤ وفتح الغفار ٣١/٣).

والاستحسان : فى اللغة : استفعال من الحسن. وهو عد الشيء واعتقاده حسنا

يقال : استحسنت كذا : أى أعتقدته حسنا.

(كشف الأسرار ٢/٤ وفتح الغفار ٣٠/٣).

وهو فى اصطلاح أصول الحنفية : القياس الخفي

(كشف الأسرار ٣٠٢/٤ وفتح الغفار ٣٠/٣ والتعريفات للجرجاني ص١٨١)

والقياس الخفي : هو ما وقع فى مقابلة قياس يسبق إليه الأفهام.

ولذا قال الجرجاني فى تعريفاته (ص١٨١) : «إعلم أن القياس إما جلى - وهو : ما تسبق إليه الأفهام - وإما خفى - وهو : ما يكون بخلافه، ويسمى الاستحسان.

لكنه أعم من القياس الخفى. فإن كل قياس خفى استحسان، وليس كل استحسان قياسا خفيا ؛ لأن الاستحسان قد يطلق على ما يثبت بالنص والإجماع والضرورة.

لكن فى الأغلب إذا ذكر الاستحسان يراد به القياس الخفى.»

قال فى الفتح القدير (٤٧١/١) : «مرادهم من الاستحسان ما خفى من المعانى التى يناط بها الحكم. ومن القياس : ما كان ظاهرا متبادرا... فيسمى القياس الخفى بالنسبة إلى ذلك التبادر.»

وللاستحسان بمعناه العام أقسام - كما أشار إليها الإمام الجرجانى رحمه الله :

الأول : ما ثبت بالنص، وذلك مثل السلم والإجارة وبقاء الصوم مع فعل الناسى.

والثاني : ما ثبت بالإجماع، مثل عقد الاستصناع

والثالث : ما ثبت بالضرورة، مثل تطهير الحياض والآبار والأوانى

والرابع : ما ثبت بالقياس الخفى، مثل حكم سئر سباع الطير.

(أصول البزدوي ٥/٤-٦ وفتح الغفار ٣٠/٣-٣١)

راجع للمزيد من المعرفة ولأقوال العلماء فى الاستحسان المراجع المذكورة والمحصول للرازى جـ٢/ق١٦٦/٣ وما بعدها. والتلويح على التوضيح ٨١/٢-٨٢.

مسألة

[الخلاف في حكم بيع حيوان بلحم جنسه]

وأما إذا باع شاةً بلحم شاةٍ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف كيف كان.[١]

وقال محمد: لا يجوز إلا (إذا كان)[٢] اللحم الخالص أكثر قياساً.

وروي - في الأصل - عن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان)[٣]

١- أي سواء كان اللحم مساوياً لما في الشاة أو لا، بشرط التعيين. أما بالنسيئة فلا، لامتناع السلم في الحيوان واللحم.(فتح القدير لابن الهمام ١٦٦/٦). إنما قيد بشاة بلحمها لأنهما لو كانا مختلفين بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه يجوز بالاتفاق من غير اعتبار بالقلة والكثرة.

قال في العناية:(١٦٦/٦)«بيع اللحم بالحيوان على وجوه:

منها: ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه، كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلا. وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما تبين.

ومنها: ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة ولكنها مذبوحة مفصولة عن السقط. وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين في الوزن وإلا فلا.

ومنها: ما إذا باعه بجنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط. وهو لا يجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضاً بالاتفاق.

ومنها: ما إذا باعه بجنسه حياً. وهو مسألة الكتاب.

٢- في نسخة(أ)أن يكون»

٣- الحديث:رواه الدارقطني في سننه في البيوع(٧١/٣)عن يزيد بن مروان حدثنا مالك بن أنس عن الزهري عن سهل بن سعيد، قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان.

قال ابن معين: يزيد بن مروان كذاب. وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الأثبات، لا يحل الاحتجاج به بحال .(نصب الراية: ٧١/٤ ، راجع أيضاً : التعليق المغني على الدراقطني: ٧١/٣)

قال الدراقطني (٧١/٣): «تفرد به يزيد بن مروان عن مالك بهذا الإسناد ولم يتابعه عليه. وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلا. وهو في الموطأ-كتاب البيوع/باب بيع الحيوان باللحم (٦٥٥/٢)رواه مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب بلفظ: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم.

وأخرجه البيهقي في سننه-كتاب البيوع/باب بيع اللحم بالحيوان (٢٩٦/٥)بطريق الشافعي عن مالك بسنده المذكور عن سعيد بن المسيب وبغير هذا الطريق. وأخرج حديثاً

وعندكم (يجوز، و)[١] لا تثبت الحرمة بأن يقابل الحيوان لحم.

والمعنى فيه: أنه باع الشاة بما يجانس ما في ضمنه. فلا يجوز إلا أن يكون ما يجانس ضمنه أكثر كبيع الحنطة في سنبلها بحنطة[٢] وبيع الشاة المذبوحة بلحم شاة.

وكذلك بيع السمسم بالدهن. بل هذا أولى؛ لأن اللحم في الشاة قائم بعينه لكنه مختلط بغيره من الجلد والسلخ يميز بينهما. والدهن ليس بقائم، وإنما يحدث بالطحن والعصر.

ألا ترى أن من غصب شاة فذبحها وسلخها لم ينقطع حق المغصوب منه؛ لأنه لم يستهلك ماله. وإنما فصل بعضه عن بعض كما إذا اغتصب ثوباً فخرقه خرقاً فاحشاً.

ومثله: لو غصب سمسماً فطحنه انقطع حق المالك؛ لأنه صار شيئاً آخر. فلما ثبت الربا بين الدهن والسمسم مع بعد أحدهما عن الآخر، فلأن يثبت ههنا مع القرب أولى.

ولا يلزم بيع شاة بشاتين؛ لأن المجانسة تعتبر لأعيانهما عددية متفاوتة والربا

بسنده عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم . فقال: هذا إسناد صحيح ومن أثبت سماع الحسن البصري من سمرة بن جندب عدّه موصولا . ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضم إلى مرسل سعيد بن المسيب والقاسم بن أبي بزة وقول أبي بكر رضي الله عنه.(راجع سنن البيهقي-كتاب البيوع/باب بيع اللحم بالحيوان: ٢٩٦/٥ ـ ٢٩٧) سبق الكلام في سماع الحسن عن سمرة في ص :١٣٢

١ـ غير موجود في نسخة(أ)

٢ـ أي منقاة

لا يثبت بين العدديات التي فيها أدنى تفاوت.

ألا ترى أنه لو باع جوزة بجوزتين[١] يجوز ولو باع الجوز بدهن الجوز لم يجز حتى يكون الصافي أكثر.

ولا معنى بأن يقال: «إن الشاة ليست بموزونة ولا ما فيها لأنه لو فصل كذلك لم يوزن»؛ لأنها متى فصلت بغير ذبح تصير ميتة فلا يوزن لحرمته كالعصير مكيل وإن تخمر لم يكل . لا لأنه غير مكيل بل لأنه ليس بمال متقوم. فكذلك لحم الميتة موزون يعرف قدره بالوزن ولكن لا يستعمل به لأنه ليس بمال متمول.

ومعنى قولنا :«موزون» إن قدره يعرف بالوزن. فأما الحل والحرمة فباب شرعي ولأن اسم الشاة لا يبطل بالذبح. فالذبح لا يوجب فيها (شيئًا)[٢] بناء على اسم الشاة إلا نقصاناً كالغلي في الحنطة.

ثم الربا ثابت بين الحنطة والسويق لأنه يخرج منها السويق بعد الغلي الذي لا يبطل اسم الحنطة فكذا هذا.

ولا يقال بأن اللحم الذي فيها ليس بوزني لأنا وإن سلمنا فالربا يثبت بين موزون قوبل بجنسه. لا إذا قوبل بموزون كما في الكيل من الحنطة إذا بيع بحفنة كان ربا؛ لأنه مكيل قوبل بجنسه وإن لم تكن الحفنة مكيلة. فكذا ههنا إذا باع اللحم الموزون بجنسه ثبت الربا وإن كان ما في الشاة لحم حتى لا يوزن.

فهذا الكلام حسن ظاهر.

١ـ لاعتبارها عددية

٢ـ غير موجودة في نسخة(ب)

ووجه الاستحسان: إن اللحم الذي في الشاة ليس بجنس للمفصول معنى وحكماً، فلا يثبت بينهما رباً كالثوب الهروي بالمروي[١]

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المفصول لايصلح إلا للأكل. والحي يعتبر للرسل والنسل والتربية ليزداد في نفسه، والأكل آخرها. فكان التغاير بينهما معنى أكثر من التغاير بين الثوب الهروي والمروي وبين ذكور بني آدم وإناثهم؛ وهما جنسان بالإجماع لتغاير المنافع. حتى إذا باع مملوكا على أنه عبد، فإذا هي أمة، لم يجز البيع كما لو باع شاة، فإذا هي ظبية. ولو جعِلا جنسا لجاز، كما لو باع شاة على أنها نعجة فإذا هي كبش؛ فإن البيع جائز، وللمشتري الخيار لتغير الوصف.

ولأن الموزون: ما يظهر قدر ماليته بالوزن. واللحم الحي لايظهر (قدر)[٢] ماليته بالوزن. فإنك تجد بعيرين يستويان وزنا، وبين القيمتين تفاوت كثير لاختلاف (معان)[٣] تبتغي من الأحياء من الركوب والحمل والنسل وغيرها.

وكذلك الثوران والبقرتان.

ولما لم تظهر المالية بالوزن في الأحياء علم أن اللحم الحي غير موزون. فإذا لم يكن موزونا (فإن)[٤] دخل تحت الوزن علم أنه جنس آخر معنى بخلاف الحفنة من الحنطة؛ لأنها لاتدخل تحت الكيل لقلتها، لا لأنها في / نفسها لا يظهر [٣٣٩/أ]

١ـ الثوب الهروي والمروي: الثوب المنسو ب إلى هراة ومرو هما قريتان معروفتان بخرسان (المغرب: ٣٨٣/٢)

٢ـ غير موجود في نسخة(أ)

٣ـ في نسخة أ: «معان»

٤ـ في نسخة أ: «وإن»

قدر ماليتها بالكيل لو دخلت، حتى (إذا)[١] صارت بأمثال آخر قابلة للكيل عرف قدرها بالكيل. فلم يدل امتناع الكيل للـقلة على اختلاف المجانسة، وإنما يدل إذا كانت بحيث يكال. ولا يظهر قدر المالية به كاللحم الحي الذي ذكرناه.

وأما الحديث[٢] فإن ثبت لابدأن يقال به.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ غير موجود في نسخة(ب)

٢ـ وهو ما روي عن النبي ﷺ:« أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان » سبق ذكره وتخريجه في ص: ١٦٨

مسألة

[الخلاف في حكم بيع جنسين أو أكثر بجنسين أو أكثر متفاضلا]

إذا باع كر[*] حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وأكرار شعير، فإنه يجوز على قول علمائنا الثلاثة[١] ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس[٢]

وقال زفر[٣] والشافعي: لايجوز (قياسا)[٤] وكذلك إذا باع دينارا ودرهما بدينارين ودرهمين جاز عندنا استحسانا.

وقال زفر والشافعي: لايجوز قياسا[٥] لقوله ﷺ: « والفضل ربا »[٦]

ولأن صفقة البيع متى اشتملت على أبدال مختلفة انقسم كل بدل على ما يقابله من الأبدال، لا على بدل بعينه من الجملة، كمن اشترى عبدا وأمة وفرسا بثوب

(*) - الكُرّ - بالضم - مكيال العراق وستة أوقار، أو ستون قفيزًا، أو أربعون إردبًا. (القاموس المحيط ص٦٠٣)

١- يعني أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن - رحمهم الله -

٢- زاد في نسخة (أ) بعد هذا: «احتيالا للجواز »

٣- زفر: هو الإمام زفر بن الهزيل بن قيس الغبري البصري: صاحب الإمام أبي حنيفة رحمه الله. كان يبجله ويعظمه ويقول: هو أقيس أصحابي. وقال الحسن بن زياد: إن المقدم في مجلس الإمام كان زفر. دخل البصرة في ميراث أخيه فتشبث به أهل البصرة فمنعوه الخروج منها. وتولى قضاء البصرة. ولد سنة عشر ومائة، وتوفي بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة. وله ثمان وأربعون سنة. (الجواهر المضية ٢٠٧/٢، الفوائد البهية ص ٧٥)

٤- غير موجود في نسخة(أ)

٥- عنوان هذه المسألة: إذا قوبل أبدال من جنسين مختلفين بأبدال من جنسين مختلفين.
وذلك إن كان من غير أموال الربا فإنه يجوز. وتقسم الأبدال من أحد الجانبين بالأبدال من الجانب الآخر قسمة توزيع وإشاعة من حيث التقويم.
وإن كان من أموال الربا - كما هو الحال هنا - فيجوز إيضا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ابن الحسن رحمهم الله. ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة إشاعة وتوزيع.
وعند زفر والشافعي: لا يجوز، ويقسم قسمة توزيع وإشاعة من حيث القيمة كما في غير أموال الربا (بدائع الصنائع ١٩١/٥ ويرجع أيضا إلى المهذب ٢٨٠/١، والاصطلام ٩١/٢ب)

٦- ورد هذا اللفظ في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عند محمد بن الحسن رحمه الله (كتاب الآثار ص١٦٩)

وكر حنطة وخمسين دينارا. وإذا كان كذلك صار مثلا بمثل وزيادة مع اتفاق الجنس.

والدليل على وجوب القسمة هكذا: إن المقابلة بين الأبدال مطلقة، فلا يثبت بها التمييز والتعيين، وفي صرف الجنس إلى خلاف الجنس تعيين.

ووجه الاستحسان: ما روي عن النبي عليه السلام: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم)[١] والدينار والدرهم نوعان[٢]

وأما المعنى فيها، فإن المبادلة وقعت مطلقة غير متناولة لصفتي التعيين أو التقسيم على الجملة، فإنه كما لم يقل:« هذا بهذا» لم يقل:« هذا بالجميع» أو «ببعض من جميع الأبدال»، فلا يثبت بنفس المبادلة صفة متعينة من الوصفين؛ لأنه زيادة لا تثبت إلا بدليل.

ولما وجب الوقف لبيان صفة المبادلة على الدليل قلنا في سائر البيوع ليس بعض البدل بأولى من بعض من جملة الأنواع. والمنازعة بمطلق المبادلة سواء في الكل فانقسم كل بدل على الكل بحكم المعاوضة والمساواة لا بموجب النص من المقابلة كالغرماء إذا استووا في التركة قسمت على السواء بحكم المعاوضة؛ لأن أصل المداينة أوجبت الشركة بينهم.

وإذا كانت القسمة على السواء بحكم المعارضة دارت معها. وقد عدمت المعارضة في مسألتنا هذه؛ لأن الشرع شرع العقد للجواز لا للفساد. فإن الفاسد

١- سبق تخريجه في ص : ١٠١

٢- فيقابل كل منهما خلاف جنسه

شيء مشروع، ومنهي[١] فلا يعارض الصحيح[٢]

وإذا سقطت المعارضة زالت العلة الموجبة للإشاعة، فلم يثبت. ولا يلزم التمر بالتمر[٣] ؛ لأن الربا يثبت بأنه مكيل وذلك من حيث أنه تمر وإنه اسم (للب)[٤] والنوى جميعاً. فلم يصيرا شيئين من حيث كان مال الربا كالحنطة شيء واحد وإن اشتملت القشر واللب.

وكذلك اللحم مع العظم؛ لأنه موزون، كذلك مركباً خلقة، وكذلك يباع. فالعظم به قوام اللحم كالنوى للتمر.

وإذا كان البدل واحداً من الجانبين لم يتصور جنسان.

ولا كذلك السيف المحلى بالسيف المحلى أو الشاة المذبوحة بشاة؛ لأن الحلية غير السيف في الأصل قبل التركيب، ولا كذلك بعد التركيب؛ لأنه تركيب تجاوز كالجذع في السقف يقبل الفصل فلم يسقط به حكم الجنسين.

وكذلك الجلد والشاة بعد الذبح (جنسان؛ لأن الجلد بعد الذبح)[٥] للسلخ والفصل. فاعتبرا شيئين لما صارا معدًّا له.

١ـ أي مشروع أصلا ومنهي وصفاً راجع لمعنى الفساد والفاسد والفرق بين الفاسد والباطل إلى ص : ٨٤

٢ـ لأنه مشروع أصلا ووصفاً

٣ـ لأنه لا يجوز التفاضل في بيع بعضه ببعض اتفاقاً.
هذا جواب عن سؤال محتمل وهو: أن قولكم يصرف الجنس إلى خلاف الجنس يقتضي جواز بيع التمر بالتمر متفاضلا، لأن التمر يحتوي اللب والنوى وهما شيئان مختلفان. وفي حالة التفاضل يقابل كل واحد منهما خلاف جنسه. فيؤدي إلى الجواز. وكذالك اللحم مع العظم

٤ـ في نسخة(ب)للب

٥ـ غير موجودة في نسخة(ب)

ألا ترى (أنه)[١] لو باع الجلد وحده وسلخ وسلم أجزأه.

وكذلك الحلية إلا أنه يفسد إذا لم يسلم؛ لأن في تسليمه ضرراً، فلا يجبر عليه.

ولا يلزم إذا اشترى عبداً بألف درهم نسيئة ولم يقبض الثمن وقيمته ألف وعبداً آخر منه قيمته ألف بألف، ونقد. ثم باعهما جميعاً منه بألف وخمسمائة ، فإنه لايجوز فيما لم ينقد ، وقسم الثمن على قدر القيمتين ، وإن كانت القسمة على القيمة بحكم المعارضة على مامر ، ولم يصر جهة الجواز أولى ، ولم يصرف إلى الذي لم ينقد ثمنه مثل ثمنه حتى يجوز هذا ، لايلزم ، (لأن)[٢] الجواز في أن لايكون الثمن الثاني أقل من الأول (لا)[٣] في أن يكون مثله ، فلا يثبت المثل بجهة الجواز ، وأن لايكون أقل من الأول لايجعل حصته معلومة بوجه ؛ فلا يثبت به الجواز كمالو شرط كذلك شرطاً ، لأن أحد الوجوه إذا تعين صار كالمشروط.

فإن قيل: هذا يبطل بالوكيل بالبيع ، فإنه يملك بها الفاسد كما يملك الصحيح ، ولم يكن الصحيح أولى.

قلنا: هذا لايلزم لما قلنا ؛ إن مطلق المبيع لايتناول أوصافه[٤] كتحرير الرقبة

١ـ غير موجودة في نسخة أ

٢ـ في نسخة (ا) : لا

٣ـ في نسخة (ب) : إلا

٤ـ قال في البدائع (١٩١/٥): «المطلق يتعرض للذات لاللصفات والجهات ، فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عيناً ولامقابلة الجنس بخلاف الجنس عيناً ، فلا يتحقق الربا ، لأنه اسم لفضل مال في مقابلة الجنس بالجنس عيناً ، ولم يوجد»

في باب الظهار[١] لايتناول الوصف[٢] ولايتعلق الائتمار بوصف زائد على مطلق الرقبة ، وكانت الزيادة نسخاً ،

فكذلك البيع المطلق لايتناول الوصف، ويكون الإئتمار به بما سمى بيعاً لايتعلق لصحته بصفة الحل ولاالحرمة، فالوكيل بأي وصف أتى به كان مؤتمراً بحكم لا الوصف وكان تعيين الوصف بالوكيل / كالمكفر إذا عين الأنثى أو الذكر يعين [٣٣٩/ب] الوصف بتكفيره لا بأمر الله وجاز التكفير بالأصل لا بالوصف،

وفي مسألتنا: الله أمر بالبيع، والربا من البيع على ماقلنا، والعبد ماعين جهة الربا ليتعين بتعيينه، وإذا عين تعين، ودخل تحت الأمر إيضاً كما في أمر العباد، بل أتى بمقابلة مطلقة من غير نص على صفة الإشاعة والتقسيم، ولاصفة التمييز والتعيين والمقابلة تحتمل الأمرين جميعاً، والمحتمل لايكون حجة إلا أن الأبدال لما استوت في حق المقابلة من كل وجه ثبتت المعاوضة فانقسمت على الشيوع بحكم المعارضة،

وإذا (لم يستويا)[٣] وكان بعض الوجوه على الجواز وبعضها على الفساد لم يشع لعدم العلة الموجبة للإشاعة فثبت أنا لم نزد صفة الصحة على المطلق سبب

١- لقوله عز وجل ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا، ذلكم توعظون به، والله بما تعملون خبير﴾ سورة المجادلة -٣

٢- أي كون الرقبة مؤمناً كما قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله قياساً على كفارة القتل، (راجع إلى المنتقى للباجي ٤١/٤، والمهذب ١١٦/٢، وكشاف القناع٣٧٩/٥)،

٣- في نسخة ا: «لم يستو»

الفساد، فلم يلزمنا مسألة التوكيل بالبيع [١] إنما أثبتنا قيام المعارضة بين الصحيح والفاسد، ولامعارضة في حق الوكيل بل الأولى أن يأتي بالصحيح.

وأشبه ماقلنا: من اشترى قلبا[٢] وزنه عشرة وثوباً قيمته عشرة بعشرين درهماً، وقبض عشرة انصرف إلى القلب خاصة [٣] وإن لم يعين بخلاف سائر العقود ولأن الانصراف إلى الشيوع يحصل العقد في حصة القلب رباً كالزيادة في مسألتنا هذه، فصار الانصراف إلى حيث يبطل جهة الربا أولى عند وقوع النقد مطلقاً من غير تعيين ولاقسمة كالتسمية في مسألتنا.

☆☆☆☆☆☆☆☆

١- إذا أتى الوكيل بالمطلوب بأى وصف يقبل منه وكان مؤتمراً بحكم الأصل، ولذا يملك الفاسد والصحيح كما سبق ذكره.

٢- القَلْب: سوار غير ملوى، مستعار من قلب النخلة، وهو جمارها، قال في المصباح (٥١٢/٢) «وقلب الفضة -بالضم- سوار غير ملوى مستعار من قلب النخلة لبياضه» (راجع أيضاً المغرب ١٩١/٢)

٣- ويقابل الفضة بالفضة مثلاً بمثل يداً بيد ويبقى الثوب نسيئة، وذلك تقسيم تصحيح لاتوزيع وإشاعة، لأن الحمل على مافيه الصحة أولى، والله أعلم (يرجع إلى بدائع الصنائع ١٩١/٥).

مسألة

[الخلاف في حكم شراء ماباع بأقل مما باع قبل نقدالثمن][١]

إذا اشترى ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز[٢] استحساناً عندنا[٣]

وقال الشافعي: يجوز قياساً[٤] ؛ لأن الربا في مقابلة الثمن بجنسه، ولامقابلة بين الثمن الأول والثاني.

إلا أنا تركنا هذا وأثبتنا المقابلة بين الثمنين حكماً بحديث عائشة: فإن امرأة[٥] أتتها وقالت: «إنّي اشتريت من زيد بن أرقم[٦] جارية إلى العطاء بثمانمائة درهم ثم بعتها منه بستمائة».

فقالت عائشة: «بئس ماشريت وبئس مااشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله

١ـ وقد يسمونه بيع العينة.

٢ـ وذلك إن اشترى بجنس الثمن الأول، مثل أن اشتراه بألف درهم ثم باعه منه بخمسمائة درهم قبل نقد الثمن (تحفة الفقهاء٢/٥٧).

٣ـ يرجع للمسألة ألى بدائع الصنائع ١٩٩/٥، والعناية ٦٨/٦ـ٦٩.

٤ـ الأم (٣/٣٨ـ٣٩): قال -رحمه الله - فيه: «ومن باع سلعة من السلع إلى أجل من الآجال وقبضها المشترى فلا بأس أن يبيعها الذي اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر، ودين ونقد؛ لأنها بيعة غير البيعة الأولى».

راجع للمزيد من المعرفة إلى الأ م ٣/٣٨ـ٣٩، وإلى المجموع ١٤٩/١٠ ومابعدها.

٥ـ هي أم محبة، وقد ورد ذكرها في رواية الدار قطنى (٥٣/٣) والبيهقي (٣٣١/٥) في سننيهما، راجع تخريج الأثر.

٦ـ هو زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الأنصارى، صحابي مشهور، استصغر يوم أحد، أول مشاهده الخندق، وغزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وهو الذي سمع عبد الله بن أبي بن سلول يقول: ﴿لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل﴾ فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأكذبه عبد الله بن أبي وحلف، فأنزل الله سبحانه وتعالى تصديق زيد ﴿يقولون لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذل، ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين ولكنّ المنافقين لايعلمون﴾ (سورة المنافقون -٨)

مات رضى الله عنه بالكوفة سنة ٦٦هـ، وقيل: سنة ٦٨هـ، (الإستيعاب ٥٥٦/١ـ٥٥٨) والإصابة ٥٦٠/١، وتقريب التهذيب ص٢٢٢.

تعالى (أبطل)[١] حجّة وجهاده (مع رسول الله ﷺ)[٢] إن لم يتب عن هذا»[٣]

وهذا حكم لايعرف بالقياس من وجهين:

أحدهما: فساد البيع بهذه المقابلة.

والثاني: بلوغ إثم هذه المعصية مايقابل ثواب الحج[٤] والجهاد مع رسول

١- في نسخة (ب) «أبطل عليه»

٢- غبر موجود في نسخة (ا) و (ب)، والإثبات من مقابلة نسخة (ب) ومن كتب الحديث

٣- الأثر: أخرجه الدار قطني في سننه، كتاب البيوع (٥٢/٣)، والبيهقي في سننه -كتاب البيوع /باب الرجل يبيع الشيء إلى إجل ثم يشتريه بأقل (٣٣١/٥).

عن يونس بن أبي اسحاق الهمدانى عن أمه العالية بنت أيفع قالت: «خرجت أنا وأم محبة إلى مكة، فدخلنا على عائشة فسلمنا عليها، فقالت لنا: من أنتنّ؟ قلنا: من أهل الكوفة.

قالت: فكأنها أعرضت عنا، فقالت أم محبة: ياأم المؤمنين، كانت لي جارية، وأني بعتها من زيد بن أرقم الأنصارى بثمانمائة درهم إلى عطائه، وأنه أراد بيعها، فابتعتها منه بستمائة درهم نقداً.

قالت: فأقبلت علينا فقالت: بئسما شريت وماشتريت، فأبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب.

فقالت لها: أرأيت إن لم آخذ منه إلا رأس مالي.

قالت: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَاسَلَفَ﴾ (سورة البقرة-٢٧٥).

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع / باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد (١٨٤/٨-١٨٥): قال أخبرنا معمر والثورى عن أبي إسحاق السبيعى عن امرأته.

وأحمدبن حنبل في مسنده (نصب الراية١٦/٤) بطريق شعبة عن أبي اسحاق السبيعى عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم، فقالت أم ولد زيد لعائشة: إني بعت من زيد غلاماً بثمانمائه درهم نسيئة واشتريت بستمائة نقداً.

فقالت: أبلغي زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن تتوب، بئس مااشتريت وبئس ماشريت».

والبيهقي في سننه -في البيوع /باب الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل (٣٣٠/٥) قال الدراقطني (٥٢/٣) بعد رواية الأثر: «أم محبة والعالية مجهولتان لايحتج بهما»

قال ابن الجوزى: «قالوا: العالية امرأة مجهولة لايقبل خبرها ، قلنا: بل هي امرأة معروفة جليلة القدر، ذكرها ابن سعد في الطبقات، فقال: العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي اسحاق السبيعى سمعت من عائشة» (نصب الراية ١٦/٤)

قال في التنقيح في سند أحمد بن حنبل: وهذا اسناد جيد» (نصب الراية١٦/٤)

٤- كلمة الحج واردة في رواية محمد عن أبي حنيفة يرفعه إلى عائشة رضي الله عنها (راجع العناية ٦٩/٦)

الله ﷺ.

ولايقال: إنها قالت لمكان البيع إلى العطاء لأنها كانت تجيز البيع إلى العطاء، وإنما ألحقت البئس بالعقدين جميعاً لأنها قصدت بالأول الآخر، وبهذا القصد يأثم الإنسان بالبيعين جميعا،[١] وضرب من الاحتياط بدل عليه، وهو: أنه يتبين بالبيع الثاني أنه لم يكن للبايع غرض سوى استحقاق زيادة دراهم على المشترى بلاعوض في المعنى؛ لأن العبد عاد إليه كما كان.

ولايلزم إذا اختلف الجنس[٢] لأن الفضل لايظهر إلا بعد التقويم.

والتقويم لايجب بحكم العقد، فلا يظهر الفضل.

وكذلك القياس إذا كان أحد الثمنين دراهم والآخر دنانير، إلا أنا لم نجوز استحساناً لأمر الربا؛ لأن الدنانير والدراهم جعلا جنساً واحداً حكماً في باب التجارات وفي باب (الزكاة)[٣] والمضاربات.[٤]

١ـ لأن البيع الأول تهيئة للبيع الثاني، وليس بعقد مستقل مقصود.

٢ـ أي إذا اشتراه بخلاف جنس الثمن الأول، مثل أن يبيعه بالدراهم ويشتريه بالدنانير.
وإن كانت هما جنسين مختلفين إلا أنهما في الثمنية كجنس واحد، وبدخول النساء تتحقق شبهة الربا، ومن شرائط جريان الربا الخلو من شبهة الربا، لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات احتياطاً (بدائع الصنائع٥/١٩٨)

٣ـ في نسخة ا: «الزكوات».

٤ـ المضاربات: جمع مضاربة، وهي في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض: أي سار فيها.
ومنه قوله تعالى ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾ (سورة المزمل -٢٠) يعني الذين يسافرون للتجارة (المغرب٢/٦)
وفي الشرع: عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر (اللباب في شرح الكتاب ١٣١/٢، والبحر الرائق ٢٦٣/٧، والتعريفات للجرجاني ص٢١٨) قال في المغرب (٦/٢) «ومنه -أي من ضرب- المضاربة لهذا العقد المعروف لأن المضارب يسير في الأرض غالباً للربح» (يرجع أيضاً إلى أنيس الفقهاء ص٢٤٧)

والباب باب ضمان تجارة فاعتبرا جنساً واحداً.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

مســـألة

[الخلاف في حكم شراء نخل بقدر من التمر ثم أثمر قبل قبض ذلك القدر من التمر]

ومن جملة ربا الفضل عندنا مسألة:

إذا اشترى نخلاً بكرّ[١] تمرٍ فلم يقبض حتى إذا أثمر النخل كراً من تمر يصدق بالكرّ عندنا[٢]

وقال الشافعي: حلال له ذلك،[٣]

كذلك إذا اشترى عبداً بألف درهم يساوى ألفين فقتل قبل القبض، فأخذ المشترى قيمة ألفى درهم تصدق بألف عندنا،

وعنده: لايتصدق[٤]

واحتج بأن هذه زيادة تفرعت من ملك له حلال، فيحل له قياساً على الحادث

١ـ الكرّ: مكيال لأهل العراق، سبق ذكره في ص :١٧٤

٢ـ وهذا إذا لم يكن التمر موجوداً عند العقد،فإن كان موجوداً عند العقد ودخل في البيع؛ قال في بدائع الصنائع (١٩٤/٥): «يراعى في جوازه طريق الاعتبار، وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل الثمر ليكون الثمر بمثله والزيادة بإزاء النخل، فإن كان أقل لايجوز؛ لأن التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لايقابلها عوض فيكون رباً، وكذا إذا كان مثله؛ لأن النخل يكون فضلاً لايقابله عوض في عقد المعاوضة»،
وأما إذا لم يكن التمر موجوداً عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض كراً - كما هو الحال ههنا - أو أثمر أكثر من كر لايفسد البيع، وكان البيع صحيحاً في الأصل والزيادة ملك للمشترى، ولكن لايطيب له الفضل، ويتصدق به لأنه ربح مالم يضمن (يرجع إلى بدائع الصنائع١٩٤/٥)،

٣ـ عند الشافعية: لافرق بين الزوائد الحادثة قبل القبض والزوائد الحادثة بعده، (فتح العزيز للرافعى ٣٨٠/٨) ومغنى المحتاج ٦٢/٢-٦٦)

٤ـ لأنه مال حلال؛ فلا يجب تصدقه، وحكمه حكم الزيادة الحادثة بعد القبض. (فتح العزيز٣٨٠/٨، وفتح الوهاب لزكريا الأنصارى ص١٧٥)،

بعد القبض؛ فإنه يحل للمشترى.

وهذا؛ لأن الزيادة إنما تحرم إذا صارت رباً، وإنما يصير رباً إذا كان فضلاً مستحقاً بالبيع مع قيام علة الربا، وهذا الفضل مااستحق بيعاً بل بسبب آخر، وهو كون الأصل ملكاً له.

ولهذا قال الشافعي: لو ولدت الجارية المبيعة قبل القبض لم يكن للبائع أن يحبس الولد بالثمن بمنزلة الكسب[١]

وإذا قبضهما جميعاً ثم وجد بالأم عيباً ردها بجميع الثمن[٢]ولايكون بإزاء الولد شيء، وإذا استهلكه البائع ضمن قيمته.

وكذلك الزيادة المتولدة من الأصل بعد القبض من ولدٍ أو أرش لايمنع الفسخ، بل يرد الأصل وسلم الزيادة للمشترى بلا شيء كالكسب[٣]وهذا كله؛ لأن الزيادة تولدت من الأصل والملك للمشترى قائم فيه والعقد لفظ قد مضى فسرى إلى الولد حكمه وهو الملك دون العقد فيصير للمشترى ملكاً مستفاداً بالملك لا بالعقد فيصير وجوده وعدمه/ (في حق البيع بمنزلة سائر أملاكه.)[٤] [٣٤٠/أ]

١- مغني المحتاج ٦٢/٢.

٢- أي يرد الجارية ويمسك الولد ويسترد جميع الثمن، لأن الولد نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه، وذلك كغلة العبد يرد العبد ويمسك الغلة (المهذب ٢٩٢/١).

٣- يرجع إلى المهذب ٢٩٢/١، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري ١٧٥/١، وفتح العزيز للرافعي ٣٨٠-٣٧٩/٨)

٤- في نسخة (أ) و(ب): «بمنزلة في حق البيع وكان بمنزلة سائر أملاكه.»

ولايلزم ولد المكاتبة[١] فإنه مكاتب[٢] ؛ لأنه يصير مكاتباً لابالسراية بل بملك الولد كما لو اشترت ولدها[٣]

وفي المسألة (الأخيرة ولابد على الخصوص تدل على العقد لم يسر إلى الزيادة منها ، إن الفسخ)[٤] لايرد على هذه الزيادة بحال لامقصوداً ولاتبعاً للأصل بلا خلاف، ومادخل تحت العقد أصلاً أوتبعاً دخل تحت الفسخ، كذلك أصلاً أو تبعاً كالنصف شايعاً والأطراف والولد قبل القبض على أصلكم، فإن الملك ينفسخ فيه بفسخ الملك في الأصل، ومادخل على أصلكم إلا تبعاً بحق السراية حتى لايكون بإزائه ثمن إن هلك.

وكذلك لايقابل الولد شيء من الثمن بحالٍ، فإنه إن تلف نفسه أو أتلفه المشترى لم يكن بإزائه ثمن حتى لو رد الأم بعد هلاكه رد بجميع الثمن.

ومادخل تحت العقد تبعاً أخذ قسطاً من الثمن إذا صار مقصوداً. فإن

١ـ المكاتبة: الجارية التي يكاتب على نفسها بثمنها فإن سعت وأدته عتقت (اللباب شرح الكتاب ١٢٧/٣) أنيس الفقهاء ص١٧٠، المكاتب اسم مفعول من كاتب عبده مكاتبة وكتاباً ، سبق ذكر الكتابة في ص٩٠،ارجع إليه.

٢ـ الجملة للاحتراز عن قول: إن الزيادة المنفصلة المتوالدة من الأصل تكون لصاحب الأصل، وإن كان الأصل مشترى من قبل شخص فيكون ملكه بحكم العقد فسرى حكمه إلى الزيادة فتكون ملكاً حلالاً للمشتري ولو كانت قبل القبض عندكم.
وعلى هذا ينبغي أن يكون ولد المكاتبة مملوكاً لسيدها: أن الأم ماخرجت عن ملكها

٣ـ إن في هذه المسألة عند الشافعية قولين:
الأول: أن الولد تابع للأم، فإن رقت رق، وإن عتقت عتق؛ لأن الكتابة سبب يستحق به العتق فيتبع الولد الأم فيه كالاستيلاد.
والثاني: أنه مملوك للسيد؛ لأنه عقد يلحقه الفسخ فلم يسر إلى الولد، والاحتراز هنا عن القول الأول كما هو ظاهر. والله أعلم (يرجع إلى المهذب ١٣/٢).

٤ـ غير موجود في نسخة (ا)

المشتري إذا قبض الطرف بالجناية حتى صار مقصوداً تأكد على أصلكم حصتها من الثمن.

وكذلك لو هلك الولد رد الأم بجميع الثمن والولد مالك على ملكه قيبقى مقصوداً، ولايبقى شيء من الثمن.

وكذلك ولد الهبة بعد القبض لايكون هبة، ولايثبت فيها رجوع و (يبقى)[١] بيعاً للموهوب له بعد رد الأصل برجوع الواهب والفسخ من الأصل.[٢]

وكذلك لو اشترى نخلاً بكر تمر، وقبض، ثم أثمر أكراراً، حلت للمشترى، ولو سرى إليها العقد أو أحد شبهة السراية لصار رباً كراً بنخل أو أكرار كما لو حدث التمر قبل القبض على أصلكم

والذي يبطل ماقلتموه إن الكر من التمر إذا حدث قبل القبض يصدق بالكر الزايد على أصلكم وحل، ولو أخذ التمر الحادث حصة وصار كالموجود عند العقد لصار كراً بكر ويحل، فيصير الكل رباً حراماً، ولايقتصر الحرمة على الكر.

وكذلك قلتم فيمن اغتصب كر حنطة قبله، حتى (ازداد)[٣] فصار كراً ونصف، واختار المغصوب منه تضمينه بكر مثل كره، وسلم الفاسد إلى الغاصب لزمه التصدق بالزيادة[٤]

١ـ غير موجود في نسخة (ا)

٢ـ يرجع إلى المهذب ٤٥٤/١.

٣ـ في نسخة ب: «ازدادت»

٤ـ يرجع إلى تحفة الفقهاء ٩٤/٣، قال فيه معللاً سبب لزوم التصدق «لأنه حصل بسبب خبيث» وذلك إذا لم يسلم إلى الغاصب هبة أو بيعاً.

ولو أعتبر مبادلة كالشراء كان الكل حراماً لاالزيادة، وإن لم يعتبر فالكل حلال.

ولعلمائنا: ماروى عن النبي ﷺ: (أنّه نهى عن ربح مالم يضمن)[١]ومن اشترى عبداً بألف فقتل والقيمة ألفان: فلا شك أن أخذ الألفين ربح مالم يضمن.

فإن تفسير الربح الزيادة على رأس المال و(أخذ)[٢] الألفين زيادة على رأس المال حيث الذات بخلاف ماإذا ازداد العبد، لأن الزيادة على رأس المال لاتبين إلا بإعتبار القيمة، وهي غير معتبرة بحق البيع وأحكامه، وإذا صارت دراهم تحقق الربح بلا اعتبار القيمة بل بالعين، فإن القيمة قائمة مقام الأصل كأنه هو.

فأما المعنى في المسألة: أن سبب الملك في الزوائد المتولدة من الأصل

١ـ وهذا ورد في حديث رواه عبد الله بن عمروبن العاص وعتاب بن أسيد وحكيم بن حزام رضي الله عنهم.
أما حديث عبد الله بن عمرو فرواه أبو داود في البيوع / باب شرط في بيع (مختصر المنذري ١٤٤/٥-١٤٥)
والترمذي في البيوع / باب ماجاء في كراهية بيع ماليس عندك (٥٣٥/٣.
والنسائي في البيوع/ باب شرطان في بيع (٢٩٥/٧)
ولفظه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لايحل سلف وبيع ولاشرطان في بيع ولاربح مالم يضمن ولابيع ماليس عندك)).
وقال الترمذي: «وهذا حديث حسن صحيح».
ورواه ابن ماجه -في التجارات (٧٣٨٠٧٣٧/٢) مقتصراً على «بيع ماليس عندك وربح مالم يضمن»
ورواه النسائي بطريق آخر عنه في العتق.
وأما حديث حكيم بن حزام فرواه الطبراني في معجمه (نصب الراية١٩/٤)
وأماحديث عتاب بن أسيد فرواه محمد بن الحسن في «كتاب الآثار» ص١٦١، وفسر فيه «ربح مالم يضمنوا» فقال: «فالرجل يشترى الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح فليس ينبغي له ذلك، وكذلك لاينبغي له أن يبيع شيئاً اشتراه حتى يقبضه...»

٢ـ في نسخة (ا) «احدى»

سراية ملك الأصل إليه لابسبب آخر، بدليل أنه لم تباشر سبباً في الزوائد، والملك لايثبت إلا بسبب، فعلم أنه سرى إليه ملك الأصل كملك الوارث لما لم يكن سبب علم أنه ملك خلافة عن الميت، لاملك مبتدأ، فبقى على حكم ملك الميت.

فكذلك هذا، لما لم يكن بسبب ابتداء بقى على حكم ملك المبيع وهذا كما قيل: إن ولد أم الولد[١] في حكم أمها.

وكذلك المدبرة[٢] والمكاتبة، لأن الملك في الولد ثبت بالسراية، فثبت على الأصل في نفسه ووصفه، وكل حكم ثبت في الأصل ثبت في الولد، لأنه بمنزلة الولد له إذا صار يستوفى منه.

فثبت أن الولد يحدث مبيعاً (إلا أنه صار مبيعاً)[٣] تبعاً للأم، فصار بمنزلة أوصاف الأم حيث صارت مبيعة تبعاً، فلا يكون مضموناً إلا بقبض معتبر من البايع

١- أم الولد: هى الأمة التى ثبت نسب ولدها من مالك كلها أوبعضها، وإذا صارت المملوكة أم ولد لايجوز بيعها ولاتمليكها، قال في تحفة الفقهاء (٢٧٤/٢) «لايجوز فيها تصرف يفضى إلى بطلان حقها في حق الحرية، ويجوز اعتاقها وتدبيرها وكتابتها لما فيه من إيصال حقها إليها معجلاً».

(يرجع لمعرفة أحكامها إلى الهداية وشروحها ٣٢٥/٤ ومابعدها، وتحفة الفقهاء ٢٧٣/٢ ومابعدها، والبحر الرائق ٢٦٨/٤).

٢- المدبرة: هي الأمة التي تعلق عتقها بموت مولاها أو بلفظ آخر: هي الأمة التي علق مولاها عتقها بموته (تحفة الفقهاء ٢٧٧/٢، والبحر الرائق٢٦٢/٤) والتدبير في اللغة: من تدبر في الأمر: أى نظر إلى مايؤول إليه عاقبته، والتدبير: التفكير فيه.

قال في الصحاح (٦٥٥/٢): «والتدبير: عتق العبد عن دبر، وهو أن يعتق بعد موت صاحبه، فهو مدبر»

(ويرجع أيضاً للمعنى اللغوي إلى المصباح المنير١٨٨/١، ولسان العرب ٢٧٣/٤) ويرجع لمعرفة أحكام التدبير إلى الهداية وشروحها ٣١٦/٤ ومابعدها والبحر الرائق ٢٦٢/٤، وتحفة الفقهاء ٢٧٧/٢)

٣- غير موجود في نسخة (ب)

بالإتلاف أو من المشترى بالقبض المنفصل عن الأصل؛ لأنه تحت القبض المنفصل لايدخل إلا مقصوداً وقبض المبيع من المشترى لايتصور إلا مضموناً بالعقد، فانقلب الولد متبوعاً في حق الضمان كمالو تناولها العقد كذلك.

ومن جانب البائع لايتصور القبض المضمون سوى الإتلاف فإن ضمان الثمن بالعقد لاباليد، واليد الباقية الحابسة بالثمن لاتوجب ضماناً جديداً.

ولذلك قلنا في الطرق: إنه مبيع غير مضمون لو تلف بنفسه، وإذا أتلفه البائع ضمن من الثمن بقدره، وكذلك المشترى إذا أتلفه.

وكذلك الأرش؛[1] لأنه يسرى إليه ملك الأصل لقيامه مقامه إلا أن يملك مبتدأفضل.

وكذلك الولد الحادث بعد القبض مبيع؛ لأن ملك الأصل مبيع كذلك؛ لأنه كان مبيعاً.

والشيء إذا ثبت / أوالحكم إذا دام كذلك حتى يقوم دليل الزوال. وكذلك يرده [٣٤٠/ب]
بالعيب، ولايرد إلا المبيع، إلا أن الولاء يكون مضموناً بالثمن كالولد قبل القبض؛ فإنه لايكون مضموناً إلا بفعل مقصود فيه مضمون، وكذلك الفعل المضمون لايتصور بعد القبض؛ لأن إتلافه للأصل لايكون مضموناً عليه لأنه ملك صحيح.

١- الأرش: في اللغة من «أَرَشَ» بين القوم تأريشاً: إذا أفسد ثم أستعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها.
ويقال الأرش -أيضاً- لما يدفع بين السلامة والعيب في السلعة.
والأرش من الجراحات: ماليس له قدر معلوم.
وقيل: هو دية الجراحات.
(الصحاح ٩٩٥/٣، ولسان العرب ٢٦٣/٦، ٢٦٤ والمصباح المنير١٢/١)

فكذلك الولد، فلا يثبت به الضمان كمالايثبت بقبض البائع قبل أن يسلم ضمان بإزاء الولد؛ لأنه غير مضمون عليه ذلك القبض إنما لزمه الضمان بالعقد، فلهذا بقى الضمان كله بإزاء الأم، وامتنع الفسخ فيه تبعاً للأصل؛ لأنه مزايل عنه ولامقصود؛ لأن مالم يدخل تحت العقد إلا تبعاً، يقبل الفسخ قصداً -على ماعرف فيمن أضاف الطلاق إلى اليد- بخلاف الولد الحادث قبل القبض؛ لأنه أنقلب مبيعاً قصداً بالقبض على مامر.[١]

كذلك قبل القبض إذا فسخ العقد في الأصل انفسخ في الولد؛ لأنه لو بقى فيه وقبضه المشترى قبضه بثمن، وانفسخ ثانياً بفسخ العقد كله، والولد من الجملة قصداً، كمن اشترى شيأين ثم فسخ كل العقد لم يبق في واحد منهما، وإذا كان (بقاء)[٢] الولد يوجب الفسخ لم يشتغل بالإيفاء التي لاتفيد شيئاً.

وإذا ثبت أن الولد يبقى بعد القبض[٣] وعليه الإجماع،[٤] وهو مبيع على ماقلنا -لم يجز أن يبقى فضلاً مقصوداً بلا ثمن كفضل الكيل فيما مر من المسائل بخلاف ماقبل الفسخ على الأم؛ لأنه يعتبر تبعاً للأم، ويجوز أن يبقى تبعاً بلا ثمن كالأوصاف.

وهذا؛ لأن الثمن لايقابل إلا ماهو الأصل دون الوصف، والربا أصل (خال)[٥]

١- راجع إلى ص: ١٩٠
٢- غير موجود في نسخة (ا)
٣- في يد المشترى لكونه مضموناً عليه، والخراج بالضمان،
٤- تحفة الفقهاء ٧٤/٢، ٧٥، والقوانين الفقهية ص١٦٤، والمهذب ٢٩٢/١، وفتح العزيز ٣٧٩/٨-٣٨٠، والمغني ٥٧٣/٣.
٥- في نسخة (ا)"خالى"

عن العوض؛ لابيع.

فإن قيل: الولد كيف يجعل وصفاً، وهو منفصل؟

قلنا: من حيث أن الملك يسرى إليه؛[١] لأنه زيادة تولدت من الأصل صار بمنزلة الوصف في حق ثبوت الملك، فاستقام التملك بغير ثمن فأما إذا فسخ الملك في الأصل وذهب لم يجز أن يعتبر باقياً؛ (لأنه لايبقى بغير)[٢] متبوع ولاأصلاً؛ لأنه يبقى (بغير ثمن)[٣]

فأما إذا كان الولد هالكاً فقد ذهب المانع، وهو انقلاب الولد مقصوداً منه بلا ثمن، فصح الفسخ، و(بخلافه هبة)؛[٤] لأنه إن لم يقبل الفسخ وبقى مقصوداً هبه بلا عوض لم يكن ممتنعاً ولارباً.

فأما الجواب عن قولهم: إن الزيادة لو دخلت تحت العقد لفسد العقد كله إنه إذا اشترى كرّا بكر تمر ونخل إنما فسد العقد كله؛ لأن شرط الفضل دخل على العقد كلّه، فأما فيما نحن فيه فلا ربا في الأصل لإختلاف الجنسين، ثم الكر عند القبض أخذ قسطاً من الكر دونه فظهر حكم الفساد فيه لاغير، فلزمه التصدق به.

وكذلك مسألة الغصب[٥] لأن الضمان الموجب للملك يعتبر من وقت

١ـ أي أن الملك بسبب السراية إلى الولد من الأم، وليس لملكيته سبب آخر غير هذا، والملك لايثبت إلا بالسبب كما سبق ذكره في ص: ١٨٩

٢ـ في نسخة (ا): «تبعاً لاتبعا لغير»

٣ـ في نسخة (ب) «بلا ثمن»

٤ـ في نسخة (ا): «بخلاف»

٥ـ أى مسألة من غصب كر حنطة فازداد في يده فصار كراً ونصف، واختار المغصوب منه تضمينه بكر مثله وسلم الفاسد إلى الغاصب لزمه التصدق بالزيادة.

الغصب والزيادة بالانتفاخ حصل بعد ذلك، فيعتبر بالزيادة المتولدة، وبما اشترى عبداً يساوى ألفى درهم بألف درهم ثم قتل قبل القبض فأخذ المشترى ألفين، فإنه يتصدق بالألف لاغير، لأن الربا لم يكن حين العقد، وإنما جاء من قبل الزيادة الحادثة وتعيين الزيادة ربا؛ فاقتصر الفساد عليه.

فإن قيل: كان يجب على أصلكم أن يرد الكر من التمر ويسترد حصته من الثمن كمالو كانت الزيادة ولداً ثم رد بالعيب بعد القبض.

قلنا: هذا بخلاف الولد؛ لأن دخول الولد تحت العقد قصداً بالقبض صحيح، كمالو عقد عليهما، ولما صح صار بعض المسمى بإزائه، وههنا دخول الكر تحت العقد دخول على سبيل الربا، فلا يتوزع عليه المسمى، بل يصير ملكاً له بالثمن، كمالو كان الكل فاسداً، ولايمكن الرد على البايع بلا قسط من الثمن، وهو رد مقصود، والملك سرى إليه من الأصل وذلك لايوجب ضماناً مبتدءاً للبايع[1] وإنما يوجبه من أصل الثمن متى صار مقصوداً، ولم يكن ذلك الرد عليه بلا ثمن، وبنقص الثمن. كما قلنا في الولد الحادث بعد القبض، ولم يطب للمشترى؛ لأنه صار رباً من الوجه الذي قلنا، نوجب الخروج عنه بالصدقة بحكم الخبث والفساد لما تعذر الخروج بالتوبة والرد على صاحبه، فثبت أن هذه المسألة من جملة الربا الأول.

١ـ أي أن الزائد بنوعيه يكون تابعاً للأصل في صلب العقد من حيث تقدير الثمن والدخول تحت الضمان.

والجواب عن قولهم:[١] «إنه ملك الولد بسبب آخر؛ فلا كذلك لما قلنا: إنه ملكه بسراية الأصل إليه لابسبب مبتدإ الملك الوارث» والله أعلم

✯ ✯ ✯ ✯ ✯ ✯ ✯ ✯

١ـ أي قول الشافعية

فصـــل

من هذه الجملة عند الشافعي وزفر[١].

مســـألة

[الخلاف في حكم زيادة أحد المتبايعين أو حطه]

قال علماؤنا الثلاثة: زيادة أحد المتبايعين لصاحبه مالاً على ماشرط في العقد صحيح[٢] مادام المبيع قائماً في ملك المشترى[٣] سواء احتمل الفسخ[٤] أولاً [٥] بأن حدثت زيادة متولدة من الأصل منفصلة.

وكذلك الزيادة في المهر صحيح،[٦] والنكاح لايحتمل الفسخ.

وكذلك إذا اشترى عبداً بألف درهم وثوباً على ثالث ضمنه/ وقبله صح، والثوب [٣٤١/أ]

١ـ أي الخلاف عند الشافعي وزفر -رحمهما الله- على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد - رحمهم الله -.

٢ـ وذلك كمن اشترى عيناً بمائة ثم زاد عشرة مثلاً أوباع عيناً بمائة ثم زاد على المبيع شيئاً (يرجع في ذلك إلى الهداية وشروحها ١٤٢/٦، والبحر الرائق ١١٩/٦)

٣ـ وهو شرط صحة الزيادة في الثمن، فإن الزيادة لاتصح بعد هلاك المبيع في ظاهر الرواية؛ لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه، والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط، لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً.
وأما الزيادة في المبيع فجائزة بعد الهلاك أيضاً؛ لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم، (الهداية ١٤٤/٦-١٤٥، والكفاية ١٤٤/٦، والبحر الرائق ١١٩/٦)
وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول: أن الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد هلاكه (فتح القدير لابن الهمام ١٤٤/٦، والعناية ١٤٤/٦)

٤ـ كالبيع والهبة والرهن

٥ـ كالنكاح

٦ـ فهي مشروطة ببقاء المرأة كما أن الزيادة في الثمن مشروطة بقيام المبيع في ملك المشترى، قال في البحر الرائق (١٢٠/٦): فلو زاد فيه بعد موتها لم تصح» وهو الظاهر في المذهب والله أعلم.
وكذلك حكم الزيادة بعد الفرقة فإنه لايصح (منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ١٤٩/٣)

يصير مبيعاً ولاثمن للثالث.

وكذلك إذا اشترى عبداً بألف درهم على أن خمسمائة سوى الألف على رجل ثالث ضمنه وقبل صح، والعبد للمشترى والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيئاً بإزاء الخمسمائة.

وقال الشافعي: لايجوز[١] وكذلك قول زفر: وهو رباً[٢]

وكذلك عندنا حط بعض الثمن عن المشترى أو هبته إخراج للثمن من أصل العقد، كأن العقد ماعقد إلا بالباقي[٣] حتى ينحط عن الشفيع[٤] إنه كان أخذ الدار بالشفعة بالثمن الأول.

وقال زفر والشافعي: هبة مبتدأة[٥]

١ـ قال في الاصطلام (١٠١/٢ب): «الزيادة في الثمن والمثمن بعد لزوم العقد بالتفرق باطلة عندنا» (وراجع للزيادة والنقص في المهر إلى مغنى المحتاج ١٣٦/٣)

٢ـ الهداية ١٤٢/٦، والعناية ١٤٢/٦.

٣ـ ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله بتسليم مابقي بعد الحط (العناية ١٤٢/٦)

٤ـ الشفيع: صاحب الشفعة

والشفعة في اللغة من الشفع وهو بمعنى الضم.

شَفَعْتُ الشيءَ شَفْعاً: ضممته إلى الفرد، وشَفَعْتُ الركعةَ جعلتها ثنتين.

وقال في اللسان (١٨٤/٨) «سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال: الشفعة الزيادة، وهو أن يُشَفِّعَك فيما تطلب حتى تضمه إلى ماعندك فتزيده، وتَشَفَّعَ بها: أي أن تزيده بها أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه مازاده وشَفَعَهُ به.»

وفي الشرع: هي تملك البقعة جبراً على المشترى بما قام عليه.

(كنز الدقائق ١٢٥/٨، واللباب في شرح الكتاب ١٠٦/٢، وعقود الجواهر المنيفة ١٠٣/٢)

سميت الشفعة بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع (أنيس الفقهاء ص٢٧١)

٥ـ أي أن الحط هبة مبتدأة، لايلتحق بأصل العقد (البحر الرائق ١١٩/٦)

وكذلك زيادة الرهن[١]على هذا الاختلاف[٢]

وأما زيادة الدين على الرهن الأول فلا يصح عند أبي حنيفة ومحمد وزفر قياساً [٣] ويصح عند أبي يوسف استحساناً.

وجه ماذهب إليه زفر ظاهر، وهو: أن الزيادة شرطت مبيعاً أو ثمناً بلا عوض؛ لأن الذي كانت الزيادة من جانبه كان استحق ذلك كله بدون الزيادة، وماستحق بالزيادة شيئاً منه خصوصاً إذا لم ينفسخ السبب الأول، وقد ذكرنا أن تملك مالٍ بلا مال بالبيع رباً.

وقياساً على الزيادة بعد هلاك المبيع أو الخروج عن ملك المشترى[٤]

وقياساً على زيادة الدين في الرهن، فإنه لايصح؛ لأنه لايصير مرهوناً به؛ لأنه مرهون بالدين الأول، فالرهن الأصلي مرهون بالدين الأول ومانفسخ.

١ـ الرهن: في اللغة: من رَهَنَ الشيءُ يَرْهَنُ رُهُوناً : ثبت ودام، فهو رَاهِن.
ورَهَنْتُ المتاعَ بالدين رَهْناً : حبسته به فهو مَرْهُونٌ.أطلق الرهن على المرهون تسمية بالمصدر.
وجمع الرهن: رُهُون ورِهَان، والرهون جمع رهان (المصباح المنير ٢٤٢/١، والصحاح ٢١٢٨/٥).
وفي الشرع: هو جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه منه (الهداية ٦٤/٩، وكنز الدقائق ٢٣٢/٨)

٢ـ أي أن الزيادة في الرهن جائزةٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، ولاتجوز عند زفر.
(يرجع إلى الهداية ١٣٢/٩ وشروحها، واللباب في شرح الكتاب ٦٢/٢-٦٣)
وأما عند الشافعي -رحمه الله- فالظاهر من كتبهم جوازه أيضاً. قال في روضة الطالبين (٥٦/٤) :« يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن، ثم هو كمالو رهنهما معاً»

٣ـ كذلك عند الشافعي على الجديد الأظهر (روضة الطالبين ٥٦/٤) (يرجع أيضاً لهذه المسألة الهداية ١٣٢/٩، وشروحها، وتكملة البحر الرائق ٢٨٥/٨).

٤ـ لأن الزيادة في تلك الحالة لاتستند إلى شيء؛ لأن المبيع ليست في حالة يصح الاعتياض عنه (الهداية ١٤٤/٦،١٤٥)

وكذلك إذا شرطت الزيادة على أجنبي[١] فإنها تلزمه عندكم بلا مبيع يجب له.

ولايلزم على هذا التعويض على الهبة[٢] لأنا أنكرنا هذا بيعاً لاهبة؛ لأن البيع ماشرع إلا(مالاً بمال)[٣]فأما الهبة فشرعت (مالاً بلا مال)[٤] ملكاً بلا ملك، فصح عوضه كذلك على ملك وقع له.

وكذلك النكاح بلا مهر يقع بغير مهر عند الشافعي. والقاضي يفرض لها مهراً فيصح[٥] لأن أحد العوضين لما صح تملكه بلا ملك صح الآخر مثله لما فيه من شبه الصلات.

فأما إذا وقع النكاح بعوض حتى انعقد معاوضة صار كالبيع فلم يقبل الزيادة بعد ذلك بلا عوض من الأصل يقابلها.

وكذلك الحط يجعل كناية عن الهبة كما في حط جميع الثمن، لأنه لايصح إخراجاً من الأصل إلا بفسخ العقد في حقه، والفسخ على الثمن باطل ولأنه لايصح إلا ويتناول البدلين على السواء كفسخ الكل أو الثلث؛ لأنه رفع العقد فيعتبر به فيصير الإخراج بلا عوض رباً كالأوحال بلا عوض.

ولنا: قوله عز وجل: ﴿فآتوهن أجورهن فريضة ولاجناح عليكم فيما تراضيتم

١ـ أي على شخص ثالث غير المتعاقدين.
٢ـ ذلك للاحتراز عن التعويض المتأخر عن عقد الهبة فهو أيضاً زيادة طارئة على العقد
٣ـ في نسخة ب: «إلا مال بمال».
٤ـ في نسخة ب: «مال بلا مال»
٥ـ المهذب ٥٦/٢، وفتح الوهاب ٥٥/٢

به من بعد الفريضة﴾[١] فالله تعالى جعل إيتاء الفريضة حكماً وأزال الجناح فيما تراضيا به بعد الفريضة أى تلك الفريضة؛ لأن الألف واللام للتعريف وذلك رضاء المرأة بدون حقها أو رضاء الزوج بالزيادة إلا أنه يقول: ﴿لاجناح﴾ وهو جائز ويكون صلة منه لها كما قال بعد تنصيف المهر: ﴿إلا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح﴾[٢]

والفقه في المسألة: إن الحط والزيادة تصرف في العقد من حيث يعتبر وصفه إلى وصف مشروع له فيملكه مادام المعقود عليه في ملكه قابلاً لإيجاب الثمن عنه ببيع مبتدإ كما إذا باع بيعاً باتاً ثم شرط له الخيار ثلاثة أيام، فإنه يصح مادام المعقود عليه في ملكه بحيث يقبل إيجاب مثله من الفسخ؛ لأنه تصرف في العقد من حيث يعتبر وصفه إلى وصف مشروع له فيملكه مادام المعقود عليه في ملكه بحيث يقبل الفسخ المبتدأ.

وإنما قلنا تصرف في وصفه؛ لأن البيع مشروع بأوصاف ثلاثة: رابح وخاسر وعدل بالزيادة في المبيع أو الثمن.[٣]

١- سورة النساء-(٢٤).والآية بكاملة: ﴿والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمانكم، كتاب الله عليكم، وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين، فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة، ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليماً حكيماً﴾
هذه الآية معطوفة على الآية السابقة التي نزلت في المحرمات من النساء.

٢- سورة البقرة-(٢٣٧).والآية كاملة ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح، وأن تعفوا أقرب للتقوى، ولاتنسوا الفضل بينكم، إن الله بما تعملون بصير﴾

٣- قال في العناية (٦/١٤٣): «ان البائع والمشترى بالحط والزيادة غيّرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع؛ لأن البيع المشروع: خاسر ورابح وعدل، والزيادة في =

وكذلك الحط يغيره إلى أحد هذه الأوصاف ولايرفع أصله كما شرع باتاً ويختار، والتخيير يغير وصفه.

وهذا، لأن المحل قابل مادام محلاً لإيجاب ثمن مبتدإ والمتصرف أهل له كما كان ومالانعقاد التصرف شرط في الأصل غير خروجه عن أهله في محله في الشرع، والوصف على مابينا في موضعه.[1]

فإن قيل: زيادة الثمن إيجاب للثمن بالعقد الأول للبايع فلم يجز اعتبار صحته بإيجاب الثمن للمشترى بعقد جديد؛ لأنه غير الأول هذا يجب للمشترى ومانحن فيه يجب للبائع.

وإنما يجب اعتباره بمايملك البائع إيجابه، وهو بعد البيع لايملك استيجاب ثمن لنفسه بذلك الملك الخارج عن ملكه ولاالمشترى بما عليه من الثمن يملك شراء شيء.

قلنا: ماذا تعني بقولك: «لايملك»؟ إنه لايملك ربحاً أو أصلاً؟

فإن قلت: لايملكه ربحاً فهو عين الخلاف.

وإن قلت: أصلاً، فمسلم لك، وإنما يملك عندنا تغيير وصف العقد من إيجاب ربح له أو رفع العين.

= الثمن تجعل الخاسر عدلاً والعدل رابحاً. والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسراً، وكذلك الزيادة في المبيع، ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف؛ لأن التصرف في صفة الشيء أهون من التصرف في أصله، وصار كما إذا كان لأحد العاقدين أولهما خيار الشرط فاسقطا أو شرطاه وبعد العقد...»

١- راجع إلى ص : ١٩٩

وعلى هذا الوصف شرع إيجابه بالعقد ابتداء من غير مقابلة بمالية البدل الآخر، فالأرباح في معنى الصِّلات حقيقة؛/ لأن مالية أحدهما مائة والآخر مائتان، [٣٤١/ب] فكان فضلاً بلا مقابلة معنى، ولكن لما استحق بعقد وجبت المقابلة في أصل العوضين جاز وحل.

ألا ترى أن المحابى[١] لو كان مريضاً لم يصح[٢] كما لاتصح الهبة إلا من الثلث بعد الدين كالهبة، ولو كان وصياً أو أباً في مال الصغير لم يصح كما لاتصح الهبة.

وهذا كأصل المبيع لايستحق إلا بثمن، وأوصافه تستحق بلا ثمن يقابلها على ماعرف ، أنه لو قارب وصف قبل القبض لم يسقط شيء من البدل متى أراد المشترى إمساك مابقي بخلاف ماإذا كانا شيئين وقد هلك أحدهما[٣]

ولما شرع صحة إيجابه في الأصل ربحاً بلا مقابلة من الجانب الآخر مالية لكن يتبع مال يقبل المبادلة في الجملة.

وكذلك في الانتهاء[٤] صح إيجابه من المشترى ربحاً للبائع، وإن لم يملك

١ـ المحابي: الذي يبيع الشيء من رجل مسامحة.
والمحابة في اللغة: من حَبَوْتُ الرجلَ حَبَاءً: اعطيته الشيء بغير عوض.
واسم منه: حُبْوَة.
والحِبَاء: العطاء، قال في اللسان (١٦٢/١٤): «والحباء: مايحبو به الرجل صاحبه ويكرمه به» وحاباه محاباة: سامحه.
(الصحاح ٢٣٠٨/٦، ولسان العرب ١٦٢/١٤، والمصباح المنير ١٢٠/١)

٢ـ أى لم تصح محاباته.

٣ـ فإنه يمسك الباقي بحصته من الثمن.

٤ـ أي بعد العقد

بإزائه شيئاً من المال للحال على سبيل إثبات ذلك الوصف للبيع؛ لأن الوصف يلتحق بالموصوف، فلا يتصور دونه، ومتى التحق به صار الوجوب لمن زيد له ببيع ثابت بمبادلة، وكان تصرفاً فيه من حيث يجعله رابحاً أو خاسراً أو عدلاً، ولكنه يثبت إلا أن يجعله ثم يستند إلى أصله، فمن حيث يثبت الان لم يملك إلا أن يكون المعقود عليه في ملكه قابلاً لإيجاب الثمن بإزائه في الجملة، لأنه إيجاب ثمن في الحقيقة، فلم يصح إذا كان دبّر[1] العبد الذي اشترى أو كاتبه أو كاتب أمة فأعتقها أو استولدها أو هلكت[2] ويصح إذا كان الملك له ثابتاً في الحال فلا يبقى عاملاً إلا بعد اللحاق بالعقد ثم العمل بع اللحاق بالعقد، فيصير حينئذٍ بدلاً عما لم يكن له،وكذلك يصح إذا كانتْ قائمة، وهناك زيادة متولدة من الأصل مانعة للفسخ، لأنها تصح من المشترى تربيحاً، وتعتبر الصفة العقد دون أصله، فلا تفتقر الصحة إلى تحقيق الفسخ.

ثم الانعقاد بخلاف شراء بعد شراء فإنه لايصح إلا بعد فسخ الأول؛ لأن الأوصاف أحوال تختلف على الأصل كأوصاف الأعيان المحسوسة، وهذا كالزيادة تتولد من المبيع قبل القبض، فيصير العقد رابحاً للمشترى ويصير لها بعض الثمن إذا قبضها، ولم يكن بعد العقد، ولما دخلت تحت العقد تبعاً للأصل، وبعد ورود القبض عليها مقصوداً من المشترى بحق الشراء صار بعض الثمن بإزائها من غير

١ـ أي دبر المشترى

٢ـ قد سبق ذكره أنه يشترط لصحة الزيادة في الثمن قيام المبيع في ملك المشترى بحيث يصح الاعتياض عنه، راجع إلى ص: ١٩٥

انفساخ عقد في شيء من الأصل، بل على طريق تغير حاله الأصل في كونه رابحاً أو خاسراً بأن صار بعض الثمن مع الولد[١]

فإن قيل: لو كان طريق ثبوت الزيادة الوصف لما يتغير بها قسمة الأصل كمالو زاد وصف المبيع.

قلنا: لما ورد على الزيادة قبض معتبر من البائع خرج بعض القبض عن التبعية في حق قسمة الضمان كمالو قطع البائع يد المبيع أو المشترى[٢] فإنه بعض القطع المقصود يقابلها نصف الثمن، ولو سقطت سقوطاً لم يقابلها شيء.

وفي تصحيح إيجاب الزيادة من الذي يريد تغيير للحال وإيجاب ثمن، فلا بد أن يكون المعقود عليه قابلاً لجنسه، ومن حيث أنه تغيير لوصف العقد الوارد عليه، والوصف يلتحق بالأصل أعتبر بالموجود، كذا العقد في حق المقابلة وثبت المقابلة، وإنه كالإجارة لعقد موقوف[٣] أو بيع فيه خيار للبايع، فإنه لايصح مالم يكن المحل قابلاً للعقد، وإذا صح كان العمل بالعقد لابالإجارة، ومثال ذلك:

رجل فضولي[٤] صالح رجلاً عن دين له على آخر بمال فإنه يصح ولايملك صاحب الدين إلا عوضاً عن الدين حتى إذا تبين أن لادين بطل الصلح، ولزمه رد

١ـ المتولد من الأصل المملوك بالعقد.

٢ـ أي قطع المشترى يد العبد المبيع

٣ـ العقد الموقوف: هو العقد الذي يوجد ركنه مع وجود شرط الانعقاد والأهلية، لكن لم يوجد شرط النفاذ، وهو الملك والولاية، كبيع الفضولي مال غيره من إنسان فإنه يصح ويتوقف على إجازة المالك. (تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي٢/٣٤)

٤ـ الرجل الفضولي: هو من لم يكن ولياً ولاأصيلاً ولاوكيلاً في العقد (التعريفات للجرجاني ص١٦٧)

ماأخذ وهذا الذي يعطى لايستحق شيئاً بإزاء مايعطى من نفسه؛ لأن من عليه الدين لو صالح لم يستفد به شيئاً بإزاء بد الصلح[١] ولاحقاً قائماً له بعد الصلح، وإنما يزول الشغل عن ذمته، فصح من الأجنبي، وكان بمنزلته، وصار في حق الغريم إبراء بغير شيء، وفي حق صاحب الدين معاوضة في حق المتوسط التزام بغير عوض له، ولكن لما كان الوجوب يعقد معاوضة وجب بالعقد.

وكذلك إذا طلق الرجل امرأته على ألف درهم على أجنبي التزمها له[٢] صح، ووجب بنفس العقد، فكذلك ههنا المشترى في إيجاب الزيادة بمنزلة الأجنبي في التزام أصل بدل الطلاق يلتزم شرعاً. ولايستحق شيئاً للحال، لم يكن ذلك لما كان على الطريق الذي يكون في أصل العقد صح.

وقد بينا أن صفةَ الربح في أصل العقد إنما يكون بفضل في أحدهما يعدم في الآخر، ووجب بنفسه؛ لأنه ثبت بأصل البيع الذي هو معاوضة.

وإذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك الحط؛ لأنه إخراج لبعض الثمن عن أصل المعقود عليه وذلك بالتصرف في العقد من حيث يعتبر الوصف، فلم يفتقر صحته إلى انفساخ العقد في حق المبيع أيضاً كما لو يفتقر إليه في حق الزيادة، وأشبه من اشترى شيئاً فوجده معيباً وقد امتنع الرد بعيب حدث، فإنه يرجع بنقصان الثمن

١- الصلح: في اللغة إسم من صالحه مصالحة وصلاحاً. والمصالحة هي المسالمة، وهي خلاف المخاصمة. والصلح: السلم والإصلاح: نقيض الإفساد.
(الصحاح ١/٣٨٣-٣٨٤، ولسان العرب ٢/٥١٧، والمصباح المنير ١/٣٤٥)
وفي الشرع: هو عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي
(أنيس الفقهاء ص٢٤٥)

٢- أي التزم الأجنبي ألف درهم للزوج

وينفسخ العقد في حق ذلك الثمن المردود من غير انفساخ عن أصل المبيع، ولأن الفسخ أسهل من البيع، فمتى صحت الزيادة ثمناً صح الحط فسخاً.

ولايلزم إذا زاد المسلم إليه في السلم[1] فإنه لايصح؛ لأن القياس أن لايجوز بيع السلم لما ذكرنا[2] إن من شرط التصرف في المبيع أن يكون عيناً مملوكاً إلا أن جوزنا لضرورة دفع حاجة المعدمين إلى بيع ماليس لهم ليتوسعوا بأثمانها، وهذا المعنى معدوم في الزيادة، فلم يصح.

وكما لايصح التوكيل بشراء الحنطة سلماً؛ لأنَّ الضرورة لا ترتفع بالتوكيل فلم يصح الأمر به؛ وهو مردود به إلى القياس في أنه باطل.

ولأن الزيادة لو صحت لصارت ملكاً لرب السلم ببعض رأس المال وهو دين على المسلم إليه، ولايصح إبتداء السلم به.[3]

ولهذا قال علماؤنا: إن زيادة الثمن تصح من الأجنبي إذا ضمنها؛ لأنه يصح من المشترى من غير أن يملك للحال، فصح من الأجنبي.

١ـ جواب عن سؤال مقدر وهو: إن كانت الزيادة في المبيع صحيحة ينبغي أن تجوز الزيادة في السلم أيضاً، لأنه مبيع وإن كان مؤجلاً.

٢ـ راجع إلى ص: ١٩٥

٣ـ ومن شروط جواز السلم تعجيل رأس المال وقبضه قبل افتراق العاقدين بأنفسهما. (تحفة الفقهاء ١٠/٢، والهداية ٢٢٧/٦)

قال فيها: «لايصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه.

أما إذا كان من النقود: فلأنه افتراق عن دين بدين. (وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالىء بالكالىء.) سبق تخرجه في ص:١٤١

وإن كان عيناً: فلأن السلم أخذ عاجل بآجل، إذا الإسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل، فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الأسم ولأنه لابد من تسليم رأس المال لينقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم».

كذلك كما صح الصلح عن الدين من الأجنبي كما صح ممن عليه؛ لأنه لايملك شيئاً للحال كالأجنبي سواء.

ولم يصح إعتاق العبد على ألف درهم على الأجنبي ضمنها؛ لأن العبد متى شرط على نفسه استحق الولاء[1] والأجنبي لايستحق فلم يساوه.

ولهذا قال أبو يوسف: إن زيادة الدين في الرهن يصح استحساناً؛ لأن الدين في الرهن بمنزلة الثمن في حق المبيع.

ألا ترى أن زيادة الرهن تصح كزيادة المبيع، وكان تصرفاً في تغيير صفة العقد إلى صفة مشروعة له؛ لأن الرهن يقع إبتداء بمثل الدين ودونه وفوقه.

ولهما: ماذكرنا في كتاب الرهن: أن يد المرتهن يد استيفاء للدين، والعين تصير محبوساً عنده بحكم تلك اليد، ويد الاستيفاء لايثبت بالتصرف في عين الدين، بل في مثله من دراهم عين لمن عليه الدين.

فكذلك يد المرتهن: إنما يثبت بالتصرف في الرهن، فلم يكن إثبات حكمه من جهة التصرف في الدين، وإنما يصح من جهة الرهن.

فكذلك الزيادة صحت في الرهن بعد الدين، كما أن السلم صح من جهة الحاجة إلى الثمن من البائع، لامن جهة حاجة المشترى إلى الربح فصحت الزيادة

١ـ الولاء: هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه أو سبب عقد الموالاة، (التعريفات للجرجاني ص:٢٥٥)
وهو في اللغة من «الولى» بمعنى القرب والنصرة.
والولاية: قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من المرالاة أو هي التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة. (يرجع التعريفات ص:٢٥٤، والمصباح المنير ٦٧٢/٢، واللباب في شرح الكتاب ١٣٦/٣، وأنيس الفقهاء ص:٢٦١)

من قبل إيجاب الزيادة في رأس المال، ولم يصح من قبل إيجاب الزيادة في السلم.

فأما البيع المطلق فتصرف مطلق لايتم إلا بالإيجاب من الجانبين جميعاً، فساوى الثمن المبيع.

وكذلك النكاح يقبل زيادة المهر من الرجل ولايقبل زيادة إمرأة أخرى من الولى بالمهر الأول.

وكذلك إن كانت المنكوحة أمة وزاد المولى أمة أخرى بشهود بالمهر الأول لم يصح، ووجب مهر آخر؛ لأن العقد من الإبتداء مشروع بما شاء من المهر[1] ولم يشرع بما شاء من النساء بلا مهر لبعضهن.

***

قال: ومن هذا القبيل: إذا جاء المسلم إليه بأجود فيما شرط عليه من الكيل والوزن وقال للطالب: «خذه وزدني درهماً» لم يصح عندنا[2].

وقال أبو يوسف: يجوز كمالو وجدت الزيادة في أصل العقد وكمالو زاد له درهماً بلا شرط الجودة؛ لأن الزيادة لاتفتقر إلى معاوضة للحال ليصح، وكما لو كان المسلم فيه ثرياً، والمسألة بحالها، فإنه يصح.

وكذلك لو جابا نقص ماشرط عليه وصفاً وقال: «خذه وأردّ عليك درهماً» لم يصح عندنا.

وقال أبو يوسف: يصح كما لو زاد بلا شرط نقصان الوصف.

١ـ بشرط أن يكون أدناه عشرة دراهم فضة، أو دينار ذهب خالص عند الحنفية (يرجع إلى تحفة الفقهاء ١٣٦/٢، واللباب في شرح الكتاب ١٤/٣)

٢ـ لأن من شروط جواز السلم أن يكون قدر المسلم فيه وقدر رأس المال معلومين (تحفة الفقهاء ١١،٩/٢) ويتم العقد على ذلك

ولهما: أن الزيادة تصح بلا عوض على ماقلنا[١] ولكن في مسألتنا أخرج الكلام مخرج المعاوضة، وله فائدة معتبرة فلا يجوز أن يلقى، كما إذا كان له على رجل ألف درهم مؤجله فصالحه على خمسمائة معجلة كان باطلاً؛ لأنه لما قال: «حططت لك على أن تعجل البقية » فقد أبرأه عوضاً عن الأجل[٢] الذي أسقطه الآخر وله في شرط التعجيل فائدة معتبرة، فلم يلغ ولم يجعل كأنه إبراء بلا شرط، وهذا عجل بلا شرط، بل جعل تعويضاً عن الأجل فلم يصح، فكذا فيما نحن فيه يجعل تعويضاً عن جودة المكيلة بانفرادها، وإنها لاتتقوم بانفرادها فلم يصح، وصح عن الثوب ومايتقوم جودته بانفرادها.

وأما الحط؛ فكذلك الحط على سبيل المعاوضة عن الوصف الذي لم يأت به، والوصف بانفراده لايقبل الفسخ عليه وجعل بعض الثمن بإزائه قصداً كالجودة عن المكيل لايقبل الاعتياض.

فإن قيل: أليس إذا امتنع الرد بالعيب بعيب حدث عند المشترى رجع ببعض الثمن بازاء الوصف؟

قلنا: المشترى لو أراد أن يأخذ حصته من الثمن لم يقدر، فثبت أنه لايحتمل الفسخ عليه قصداً، وإنما جوز/الشرع عند تقدير الرد وعدم إمكان المشترى الوصول [٣٤٢/ب] إلى حقه فلا يقاس عليه حال القصد.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ في زيادة المبيع بعد العقد
٢ـ أي أبرأه خمسمائة بمقابل الأجل

مســــألة

[الخلاف في حكم بيع لحوم النعم بالآخر مجازفة]

قال علماؤنا: لحوم النعم[١] أجناس، يجوز بيع أحدها بالآخر مجازفة.

وقال الشافعي في قوله: جنس واحد[٢]

وكذلك لحوم الطير عندنا على حسب اختلاف أجناس الطيور في نفسها

وكذلك الثياب عندنا أجناس.

ولا يظهر هذا على مذهب الشافعي. فإن الربا عنده لا يجري في الثياب.[٣]

وكذلك على هذا الاختلاف ألبان النعم. فإنها أجناس عندنا.

وعنده: جنس واحد[٤] وذهب إلى أن الجنس الخاص ما يمتاز عن غيره بالصورة والمعنى والاسم كالحنطة تمتاز عن الشعير باسمها الخاص وصورتها

١ـ النَّعَم: واحد الأنعام. وهي المال الراعية، وأكثر ما يقع هذا الاسم على الإبل، وقيل هو مختص بالإبل.
قال الراغب: في مفرداته: (ص٤٩٩) «النعَمُ مختص بالإبل. وجمعه أنعام. وتسميته بذلك لكون الإبل عندهم أعظم نعمة.
لكن الأنعام تقال للإبل والبقر والغنم. ولا يقال لها أنعام حتى يكون في جملتها الإبل»
وكذلك ههنا فهي عام تشمل الإبل وغيرها.
يرجع للمعنى اللغوي إلى الصحاح: ٢٠٤٣/٥ ، والمصباح المنير: ٦١٣/٢ ـ ٦١٤ .، والمفردات: ص٤٩٩

٢ـ قال في الأم (٢٦/٣): «والقول الثاني في هذا الوجه أن يقال: اللحم كله صنف كما أن التمر كله صنف » على هذا القول لا يجوز بيع لحم شيء من الحيوان بلحم غيره متفاضلا لا تفاقهما في اسم خاص (يراجع المهذب: ٢٧٩/١)

٣ـ لأن الثياب ليست من المطعومات والربا يجري فيها وفي الذهب والفضة.

٤ـ المهذب: ٢٨٠/١ قال فيه: «فأما الألبان ففيها طريقان، من أصحابنا من قال: هي كاللحمان، وفيها قولان. ومنهم من قال: الألبان أجناس. قولا واحدا؛ لأنها تتولد من الحيوان. والحيوان أجناس فكذلك الألبان. واللحمان لا تتولد من الحيوان. والصحيح: أنها كاللحمان.»

ومعناها. وكذلك الشاة عن الإبل والبقر.

والاسم الخاص لنوع اللحوم اسم اللحم على الإطلاق، وإنه اشتمل على لحوم النعم.

وكذلك المعنى واحد فيها من حيث الغذاء، وصورة اللحم واحدة. وإنما يتفاوت بتفاوت الأوصاف.

وكذلك اللبن على هذا.

والثوب على أصله[١]

ولا يلزم لحم الطير؛ لأن صورة لحم تفارق لحوم البهائم.

وكذلك الاسم، لأنه لا يسمى لحماً إلا بقيده. والقيد يفارق لحم النعم بتسميته.

وكذلك المعنى يفارقه. وكذلك الصورة مشاهدة[٢]

ولا يلزم دهن البزر[٣] والسمسم[٤] فإنهما جنسان؛ لأن هذه تجانس معتبرة بحكم الربا. والسمسم والبزر جنسان، وهما من أموال الربا، امتازا بالاسم والمعنى. ثم بقي الربا في المتولد منهما على ما كان لا أن حدا من حديد حتى كان الربا ثابتاً بين السمسم ودهن السمسم ولما بقي الربا بحكم بقاء الأصل شرعاً بقيا

١ـ أي ليس من الأموال الربوية لكونه عيناً غير مطعوم.
٢ـ أي أن اختلاف الصورة بين لحوم النعم والطيور ظاهرة بالمشاهدة
٣ـ البزر: بزر البقل وغيره. ودهن البزر وبالكسر أفصح (الصحاح: ٥٨٩/٢)
٤ـ جواب عن سؤال مقدر هو: أن دهن البزر ودهن السمسم يسميان دهناً ويتفقان في معنى الدهنية، وكذلك في الصورة فينبغي اعتبارهما جنساً واحداً

مختلفين، ولم يعتبر حقيقة الحال.

فأما اللحم فأول ما ثبت فيه حكم الربا بعد الذبح، وذهاب معنى الحيوانية عنه فيعتبر التجانس لحكم الربا للحال. ولا يعتبر ما قبله كما لا يعتبر في الحنطة حال ما قبل انعقاده حباً من الزرع.

ولنا: أن الله تعالى خلق الأصول أجناساً مختلفة. لأن الأسامي مختلفة. وكذلك الصور والمعاني. ولا يكمل نصاب البعض بالبعض في باب الزكاة، ولا إشكال فيها. وإذا اختلفت الأصول حية، فكذلك بعد الذبح، وما هي بعد الذبح إلا لحوم وبها تعد مالا بعد ما ذهب عنها الحيوانية. وبالسلخ والتأريب لا يتبدل من حيث أنها لحوم شيء[1] وإنما يمتاز عن الجلد. فيبقى كذلك أجناساً. ولما بقي أجناساً بكليها فكذلك بأبعاضها كالثوب والديباج[2] إذا اختلفت بأصولها اختلفت بأبعاضها ما دامت ثياباً كذلك.

وكذلك لحم الطير والنعم. لو كانت اللحوم غير الحيوانات لكانت إذا اختلفت الأصول اختلف ما يولد منها؛ لأنه يتولد بعضها، فيبقى فيه اختلاف معاني الأصل.

ألا ترى أن الأدهان مختلفة لاختلاف الأصول. وكذلك الألبان. لا فرق بينهما وبين الأدهان. وكذلك الأولاد، فإنها تختلف باختلاف الأصول.

فأما الجواب عن الاسم.

١ـ لأنه لم يزل بالذبح إلا وصف الحيوانية، فأما الصورة والاسم قائمان

٢ـ الدِّيبَاج: الثياب المتخذة من الابرسيم. فارسي معرب (لسان العرب: ٢/٢٦٢)

أن الأسامي ضربان: أسماء مفردة، وأسماء مضافة في أصل الوضع.

واسم الفرد عام لكل جنس من اللحوم. ويدخل تحته كل لحم حتى إذا حلف: لايأكل لحماً. فأكل لحم طير أو خنزير أو لحم آدمي حنث. وإن كانت هذه اللحوم أجناساً بلا خلاف. وبالأسماء المضافة يمتاز بعضها عن بعض بنفس الرؤية.

وكذلك المعاني (تتفاوت)[١] مثل الاختلاف الذي بين الحنطة والشعير والذرة والدخن[٢] وبين السمسم والبزر. بل التباين بين لحم البقر والإبل والشاة أكثر من التباين بين دقيق الحنطة والشعير.

فأما الجواب عن فرقة بين الحيوان والسمسم؛ فإن تفاوت الجنس واختلافه لا يعرف بالربا. فإنه يثبت بالحسّ. ووصف آخر فلا يثبت بالحس وحده.

وكذلك مال الربا إذا تبدل جنسه بالتولد يصير غير مال الربا كالحنطة زرعاً.

فثبت أن اعتبار ثبوت الربا في الأصل باطل في الأدهان. فإن العبرة لما ذكرنا[٣] أن فروع الأصول المختلفة أجناس مختلفة[٤]

ولا يلزم الثياب؛ فإنها أجناس عندنا، وأصلها قطن وغزل. والجنس واحد؛ لأنه قد ثبت عندنا أن الثوب جنس آخر غير الغزل باختلاف الصورة والمعنى من كل

١ـ في نسخة(ب)مما يتفاوت

٢ـ الدخن: حب الجاروس واحدته دخنة (لسان العرب: ١٤٩/٣١)

٣ـ راجع إلى ص : ٢١١

٤ـ قال في البحر الرائق: (١٣٤/٦): «والمعتبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام. لو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلا.»

وجه كالزرع والحنطة.

وإذا انقطع الجنس الأول وتبدل اعتبر الحال كالحيوانات خلقت من الأرض.

وهي جنس، لأنها صارت جنساً آخر، فاعتبر الحال.

والثياب للحال نوع منها، والأسماء أيضاً، فإن أسماءها مضافة إلى صناعتها ثوب هروي و(مروي)[١] وهي مختلفة حسب اختلاف أسماء اللحوم مضافة.[٢]والله أعلم.

☆☆☆☆☆☆

١ـ منسوب إلى هراة ومرو سبق ذكرهما في ص : ١٧١

٢ـ كلحم الإبل ولحم البقر ولحم الشاة ولحم الأرنب ولحم الدجاج ونحو ذلك

مســـائل

اختلفوا في فسادها لجهالة الثمن أو المثمن من بيع العين

مســـألة[١]

[الخلاف في حكم شراء شيء حاضر مستور مشار إليه]

إذا اشترى شيئاً لم يره وأشير إلى عين حتى امتاز عن غيره بالإشارة[٢] /جاز العقد [٣٤٣/أ]

عندنا وله الخيار إن رأى[٣].

وقال الشافعي: لا يجوز[٤].

وذلك في شراء عبد أو أمة متنقبة مشار إليها حاضرة، فإنه جائز عندنا. وله

١ـ غير موجودة في نسخة(أ)

٢ـ الإشارة إلى عين المبيع أو إلى مكانه شرط جواز العقد، فلو لم يشر لذلك لم يجز.
وأطلق بعض الفقهاء الجواز ولم يقيدوه بشرط، وظاهر عبارة المؤلف ترجيح الأول (راجع الهداية: ٥٣١/٥ ، وشرحها فتح القدير: ٥٣٢/٥ ، واللباب في شرح الكتاب: ١٥/٢ ، والبحر الرائق: ٢٦/٦) قال فيه: «والظاهر أن المراد بالإطلاق ماذكره شمس الأئمة وصاحب الأسرار والذخيرة من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لم يجز بالإجماع مثل أن يشتري ثوباً في جراب أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرى شيئاً.»

٣ـ هذا هو المصطلح عليه بخيار الرؤية. والمراد بالرؤية هنا العلم بالمقصود وذلك قد يحصل برؤية الكل وقد يحصل برؤية البعض. وقد يحصل أيضاً بالذوق أو بالشم أو بالسمع.
قال في البحر الرائق:(٢٦/٦:) «المراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز. فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجاز ليشمل ما إذا كان المبيع ما يعرف بالشم كالمسك».
(رجع أيضاً الهداية وشروحها:(٥٤٦/٥)، واللباب في شرح الكتاب:(١٦/٢)

٤ـ وهو القول الجديد للشافعي رحمه الله. فأما في القديم يجوز ويثبت للمشتري الخيار إذا رآه. (المهذب: ٢٧٠/١.)
قال الربيع: «قد رجع الشافعي عن بيع خيار الرؤية»(الأم: ٣٨/٣ راجع أيضاً: الاصطلام: ٧٩/٢ ب)

الخيار إذا كشفت نقابها.

وعنده: لا يجوز[١].

وكذلك الدرة في الحقة الحاضرة المشار إليها.

وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم (غير ما)[٢] سمي. فالمكان معلوم باسمه. والعين في ذلك المكان بذلك الاسم عين مال معلوم في هذه المسائل؛ لأن كلامنا في عين هو بحال. لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً بالرؤية لا يحصل له علم بوصفه. فأما العين فلا يصير معلوماً عند العقد برؤية سابقة؛ لأن الإشارة قطعت الشركة بين المشار إليه وغيره. والصفة مجهولة؛ لأنها لم تذكر ولم تعاين والعلم يقع بأحدهما.

ألا ترى أن الأمة إذا كشفت عن نقابها لم يحصل للعاقد إلا علم بأوصاف وجهها.

فإن العلم بأنها جارية أو ملك أو مال فلا يحصل برؤية الوجه، وإنما يكون بالخبر واليد، وما كان قبل الرؤية.

وكذلك إذا أشار إلى مكانها؛ لأن خبره كان حجة في باب المعاملات، كما كان حجة في أنها ملكه، وكما كان في باب إنكاح الأمة الغائبة.

وكذلك يجوز بالإشارة إلى مكانه إذا كان المشتري رآه من قبل. ويصير قوله حجة. ولأنه لما خالفنا بعد الإشارة إلى العين الحاضر إذا لم يكن ظاهر الوصف

١ـ المهذب: ٢٧٠/١

٢ـ في نسخة(ب)غيرها

علم أن الاختلاف ما ثبت إلا لجهالة الوصف. فجهالة الوصف على أصول علمائنا تمنع إتمام العقد وتمامه شرعاً، حتى لا يلزم وإن رضي المشتري به.

وكذلك لا يتم العقد وإن قبض.

وعلى أصله[١]: منع الصحة.

وأجمعوا [٢] أن العلم بوصف العين لا يقع بالخبر. فإن البائع وإن وصف بأوصافه ثم تبين أنه كذلك لم يجز على أصله[٣]

وعلى أصلنا: كان له الخيار إذارأى؛ لأنه لا بد من تفاوت يحصل بالرؤية بين المذكور و(المعاين)[٤] والعقد يتناول العين بأوصافه القائمة فيه. فإذا لم يكن إعلام أوصاف العين المشار إليه بالذكر على التمام لم يكتف به. كما لا يجوز السلم في اللؤلؤ؛ لأن أوصافه لا تضبط بالذكر أصلا.

فهذه جملة (لاخلاف)[٥] فيها[٦]

وصار الخلاف في ان علم الوصف شرط لجواز بيع العين أم لا؟

١ـ أي الشافعي رحمه الله

٢ـ أي علماؤنا والشافعي رحمهم الله

٣ـ لأنه يمنع صحة البيع أصلا في قوله الجديد فلا يحتاج إلى ذكر الأوصاف(المهذب: ٢٧٠/١)

٤ـ في نسخة(أ)"المعاني"

٥ـ في نسخة(أ)"لااختلاف"

٦ـ بين الحنفية والشافعية في الجديد. وكذلك في القول المنصوص في القديم، وقيل في الشافعية: يصح البيع إذا ذكر جميع الصفات كالمسلم فيه.
وقيل أيضا: يصح إذا ذكر الصفات المقصودة. المهذب(٢٧٠/١)
وذهب المالكية والحنابلة في ظاهر المذهب: إلى صحة البيع بذكر الصفات المقصودة التي تختلف الأغراض باختلافها وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمها.(المنتقى: ٢٨٦/٤ ، والمغني: ٥٨٢/٥، وكشاف القناع: ١٦٣/٣)

عندنا : ليس بشرط.

وعند الخصم: شرط.

واحتج بما روي عن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان)[١] والغائب ليس عنده.

والمعنى: أن المقصود من شراء العين ما ليَّتُه. ولهذا لا يرد على ما ليس بمال.

والمالية في الأوصاف بها تزداد وبها تنقص. فإذا جهلت الأوصاف-وبها يحصل أغراض المال-ضاهى جهالة الوصف جهالة العين. وجهالة العين مفسدة. فكذا هذا.

ألا ترى أنه إذا باع عبداً آبقاً[٢] لم يجز، كما لو كان هالكاً؛ لأن المقصود

١- أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حكيم بن حزام. قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: (لا تبع ما ليس عندك).
الحديث: عند أبي داود في البيوع باب في الرجل يبيع ما ليس عنده(مختصر المنذري: ١٤٣/٥).
وعند الترمذي: في البيوع باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عندك(٥٣٤/٣)وقال: "هذا حديث حسن."
وعند ابن ماجة: في التجارات باب النهي ما ليس عندك(٧٣٧/٢).
وعند النسائي: في البيوع باب بيع ما ليس عند البائع (٢٨٩/٧)ولفظ الحديث للترمذي.
وفي الباب حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: (لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في البيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك.)
أخرجه أبو داود(مختصر المبذري: ١٤٤/٥ ، والترمذي: ٥٣٥/٣ ـ ٥٣٦)، وقال:"وهذا حديث حسن صحيح." وابن ماجه(٧٣٧/٢ –٧٣٨) والنسائي:(٢٨٨/٧)

٢- العبد الآبق: هو المملوك الذي يفر من مالكه قصداً معنداً.
قال في المصباح ٢/١: «أبَقَ العبد أبقاً : إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كدّ عمل ».
أما إذا هرب العبد من ظلم سيده لا يسمى آبقاً بل يسمى هارباً. وعلى هذا الإباق عيب

من ملك العبد فائت من الآبق.

وكذلك ما لايقدر على تسليمه؛ لأن الغرض من المال التصرف بالأيدي فضاهى فوت اليد فوت الملك.

وكذلك لا يجوز بيع اللبن في الضرع واللبّ في الجوز والمخ في البيضة لعدم (الرؤية)[1] وإن تعين الذات بالإشارة إليه.

وكذلك بيع السلم لا يجوز مجهول الوصف. فإن علم الاسم، وضاهى جهالة الوصف بجهالة الاسم إلا أن السلم بيع ما في الذمة لا يقبل الرؤية، فلم يبق إلى إعلام وصفه طريق غير الذكر.

وهذا عين يرى، فلا يصير معلوماً بالذكر؛ لأن للعين المشار إليها أوصافاً لا تضبط بالذكر. ولهذا يبقى الخيار على أصلكم ههنا مع ذكر الوصف. ولا يبقى في باب السلم ولا بد من تفاوت يكون بين المرئي والمذكور. إلا أنه لا يعتبر في السلم؛ لأن المستحق بالشراء قدر ما تناوله الاسم. والزيادة عليه مما يقع ضرورة تعيينه، لا أنه مستحق بالعقد فكان هدراً. والمستحق بشراء العين ما يوجب تسمية المشار إليه من الوصف الذي يشتمل عليها المسمى. وذلك مما لانهاية له فكان التفاوت بين المرئي والمذكور معتبراً. فأوجبت الجهالة المعتبرة فساد العقد.

والهروب ليس بعيب.
الإباق: اسم منه. فهو آبق. والجمع أُبّاق مثل كافر وكفار.
(يرجع إلى المصباح المنير: ٢/١، ولسان العرب: ٣/١٠ ، والتعريفات: ص٧ ، وأنيس الفقهاء: ص١٨٩ ، والبحر الرائق: ٣٩/٧)

١ـ غير موجود في نسخة (أ)

ولأن خيار عدم الرؤية خيار ثبت لعدم تمام شرائط العقد شرعاً حقاً للشرع لاحقاً للعاقد بدليل: أنه لا يسقط باسقاطه ورضاه بالانبرام ولا جواز شرعاً إلا بعد استيفاء شرائط العقد. وكان بمنزلة النكاح بغير شهود، وبيع ما اشترى قبل القبض، وبيع ربا الفضل.

وإن شئت قلت: إن المبيع مجهول الوصف لعدم سبب علمه. فلا يقبل العقد قياساً على السلم مطلقاً بلا ذكر وصف له.

ولعلمائنا: العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية، فلا يرد عليه قيداً؛ لأنه يجري مجرى النسخ.

وعن النبي عليه/السلام في المشاهير: (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيارإذا رآه)[1] [٣٤٣/ب]

١ـ الحديث: أخرجه الداقطني والبيهقي في سننيهما مسنداً ومرسلا. والمسند عند الدراقطني في البيوع: ٤/٣ ـ ٥.
وعند البيهقي في البيوع باب من قال: يجوز العين الغائبة: ٢٦٨/٥ بطريق داهر بن نوح حدثنا عمر بن إبراهيم بن خالد حدثنا وهب اليشكري عن محمد بن سرين عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من اشترى سيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه»
وبطريق عمر -أيضاً- قال: أخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سرين عن أبي هريرة مثله،
وقال عمر -أيضاً-: وأخبرنى القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ملثه،
وقال: «عمر بن إبراهيم، يقال له الكردى يضع الأحاديث ، وهذا باطل لايصح، ولم يروها غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفاً من قوله»
قال ابن القطان: «والرواى عن الكردى داهر بن نوح، وهو لايعرف، ولعل الجناية منه» (نصب الراية ٩/٤ والتعليق المغنى على الدار قطنى ٥/٣)
وأما المرسل، فهمو عند الدار قطنى في البيوع (٤/٣)، وعند البيهقى، في البيوع/ باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة (٢٦٨/٥) بطريق أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ مثله، وزاد: «إن شاء أخذه وإن شاء تركه»،
قال الدار قطنى: وهذا مرسل، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف»
وكذا في سنن البيهقي (٢٦٨/٥)

ولم يقل هو فاسد

فإن قيل: أراد به خيار الشرط.

قلنا: هذا الخيار إن تعلق بالرؤية فلم يتعلق برؤية مشترى لم يره، والنبي عليه السلام علّقه برؤيته، فعلم أنه خيار يتعلق برؤيته خاصة، وذلك خيار الرد والإجازة.

وعن عثمان بن عفان[١] أنه باع من طلحة[٢] بن (عبيد الله)[٣] أرضاً، ثم أختلفا؛

فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت مالم أره.

وقال طلحة: لي الخيار؛ لأني اشتريت مالم أره.

١- عثمان بن عفان بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس الأموى أمير المؤمنين، ذو النورين، أحد السابقين الأولين والخلفاء الراشدين والعشرة المبشرة بالجنة.
كان ربعة حسن الوجه رقيق البشرة عظيم اللحية بعيد ما بين المنكبين لين العريكة كثير الإحسان والحلم.
استشهد في ذي الحجة بعد عيد الأضحى سنة ٣٥هـ
فكانت خلافته اثنتى عشرة سنة.
(تقريب التهذيب ص ٣٨٥، والإصابة ٤٦٢/٢)

٢- طلحة بن عبيد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة التميمى، يكنى طلحة أبا محمد يعرف بطلحة الخير وطلحة الفياض.
أحد العشرة المبشرة وأحد الثمانية الذين سبقوا إلى الإسلام وأحد الخمسة الذين أسلموا على يد أبي بكر وأحد الستة الذين جعل عمر فيهم الشورى.
استشهد يوم الجمل سنة ٣٦هـ.
(الاستيعاب ٢١٩/٢، والإصابة ٢٢٩/٢، وتقريب التهذيب ص٢٨٢)

٣- في نسخة (ب): «عبد الله»

فحكما جبير بن مطعم[١] فجعل الخيار لطلحة[٢]

فهذا منهم إتفاق على الجواز.

وقد ظهر شراء العميان في الأسواق من الأصل بلا إنكار بخلاف المزارعة، [٣]

فالذي ظاهر من رسول الله، ومن أبي حنيفة وشيعته فتوى[٤]

وكذلك من الأصل بأنواع نهى عن المزراعة رويت عن رسول الله ﷺ[٥]

١- جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي النوفلي يكنى أبا محمد كان من أكابر قريش وعلماء النسب.
قدم على النبي صلى الله عليه وسلم في فداء أسارى بدر فسمعه يقرأ الطور، فكان ذلك أول مادخل الإيمان في قلبه، وأسلم بين الحديبية والفتح، وقيل: في الفتح.
ومات بالمدينة المنورة سنة ٥٧هـ، وقيل سنة ٥٩هـ في خلافة معاوية.
(الإستيعاب ٢٣٠/١، والإصابة ٢٢٥/١، وتقريب التهذيب ص١٣٨)

٢- أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار -كتاب البيوع / باب تلقي الحلب (١٠/٤) عن علقمة بن وقاص الليثي قال: «اشترى طلحة بن عبيد الله من عثمان بن عفان مالاً، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، وكان المال بكوفة، وهو مال آل طلحة الآن بها. فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أر فقال طلحة: إلى الخيار؛ لأني اشتريت مالم أر.
فحكما بينهما جبير بن مطعم، فقضى أن الخيار لطلحة، ولاخيار لعثمان» وأخرجه أيضاً البيهقي -في البيوع/ باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة (٢٦٨/٥)

٣- المزارعة: في اللغة مفاعلة من الزرع، وهو الإنبات، يقال: زَرَعَه الله: أي أنبته. والزَّرْعُ أيضاً: طرح البذر في الأرض، وكذلك: ماستنبت بالبذر تسمية بالمصدر، ومنه يقال: حصدت الزرع: أي النبات، والجمع: زُرُوع.
قال بعض العلماء: لايسمى زرعاً إلا وهو غضٌ طريّ.
وموضعه: مَزْرَعَة ومُزْدَرَع.
(الصحاح ١٢٢٤/٣-١٢٢٥، والمصباح المنير ٢٥٢/١)
وفي الشرع: هي عقد على الزرع ببعض الخارج، (الهداية ٣٨٤/٨، وكنز الدقائق ١٥٩/٨)
ولها أربعة أركان: الأرض، والبذر، والعمل وآلة الزرع.
(يرجع لتفصيل المزارعة وتفصيل أحكامها إلى الهداية وشروحها ٣٨٤/٨، والمبسوط ١٣/٣٢ ومابعدها، وحاشية ابن عابدين ٢٧٤/٦، واللباب في شرح الكتاب ٢٢٨/٢)

٤- أي في النهي عن المزراعة، (راجع المصادر السابقة).

٥- راجع للروايات إلى «العقود الجواهر المنيفة للمحدث الفقيه الزبيدى ١١٢/٢، ويأتي التفصيل والمناقشة في ذلك في كتاب المزارعة إن شاء الله.

والمعنى في المسألة: أن عين المبيع مال معلوم في يد البائع فيقبل البيع قياساً على المرئي أو الذي رآه من قبل، ثم بيع وأشير إلى مكانه.

وتفسير هذه الأوصاف ماسبق لأول المسألة، فقد ذكرنا أنه لافرق بينه وبين المرئى إلا جهالة الوصف، وجهالة الوصف لاتوجب الفساد، لأن بيع العين يتعلق بالعين دون الوصف، حتى إذا كان الوصف قائماً لم يقابله الثمن، ولم يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثمن على مامر، وحكم المتبوع لاتتعلق صحته بالبيع في موضع، ولأن جهالة الوصف دون فوته أصلاً، والأوصاف المرغوب فيها لو كانت فائتة من السمع والبصر والأنف، كان البيع جائزاً مع الرؤية، فإذا كانت مجهولة أولى[1]

ألا ترى أن جهالة العين فيما لا يتفاوت كقفيز من صبرة لايمنع جواز البيع وفوته أصلاً يمنع.

فإن قيل: عدم الرؤية فوق العيب حكماً؛لأن الرؤية متى حصلت أعلمت أوصافاً على تقدير السلامة على ماحكمت الرؤية فصارت معلومة، كما لو أعلم بالشرط بأن اشترى على أنه تركي أو كاتب ونحوه.

ولاإعلام في مسألتنا هذه، فثبتت الجهالة، وهي في الأوصاف فوق العدم.

١ـ أي أن جهالة الوصف أولى من فوته.

ألا ترى أن هذا الخيار[١] يمنع تمام العقد، حتى لو اشترى عبدين لم يراها، لايملك ردّ أحدهما وإن قبض قبل الرؤية، كما لايملك قبل القبض ولو كان رآهما وفيهما عيب ملك رد أحدهما بعد القبض[٢]

وهذا؛ لأنها متى صارت معلومة أمكن استيفاء بدلها إن لم يمكن استيفاء عينها، والمجهول لايمكن استيفاؤه؛ لأنا لاندرى بأى قدر ثبت، وفيما ذا تنازع بخلاف فوت العين؛ لأنه لايثبت مستحقاً مع فوات العين والوصف يثبت مستحقاً مع فوته حتى رجع ببدله.

قلنا: سواء كان فوقهما اودونهما، فقد ذكرنا أن صحة بيع العين لايتعلق بالوصف؛ لأنه تبع[٣] فيه على أن دخول الوصف تحت البيع مع فوته دليل على كونه تبعاً للعين في باب بيع العين فيصير حجة لنا على (أن)[٤] رؤية العبد لايوجب دخول أو صافه تحت مطلق بيعه إلا مايوجب تسمية العبد مشاراً إلى مكانه، إلا أنها في المرئى المغيب فائتة، وههنا مجهولة، والجهالة دون الفوت لامحالة، حتى إذا هلك العبد قبل التسليم بطل العقد، وإذا أبق وجهل لايبطل.

فأما قولهم: إن عدم الرؤية يمنع تمام العقد مع القبض فلا كذلك عينها، بل معنى (عينها)[٥] وهو عدم رضى المشترى، فالرضا، بالعين لايتحقق إلا بأوصافه،

١ـ أي خيار الرؤية
٢ـ لكونه تفريقاً بعد التمام؛ لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب (البحر الرائق ٦٣/٦)
٣ـ أي لأن الوصف تبع للعين
٤ـ غير موجود في نسخة (أ)
٥ـ في نسخة ب: «طنها»

لكى يتحقق بالرؤية، وعدم الرضاء يمنع التمام كالبيع بشرط الخيار للمشتري، وأصل الضراء في المرئي موجود على ماأوجبه ظاهر الرؤية لولا الآفة، ولكن سقط بتغير الحال.

فإن قيل: وعدم الرضاء يبطل العقد.

قلنا: لاكذلك عندنا، وكذلك عند الجميع، فإن البيع بشرط الخيار للمتبايعين جائز، واستثناء الخيار يمنع ثبوت الرضاء ويوجب تعليق أحكام العقد بالسقوط، وكان فوق عدم الرؤية.

فإن قيل: لو كان لعدم الرضاء لسقط إذا رضى ولم ير.

قلنا: نعم، لكن الشرع علقه بالرؤية التى هي سبب ثبوت الاختيار. فإن الاختيار إنما يتصور بعد معرفة مايصلح له، ولايصلح، والعلم بالرؤية، فصار الرضا لغواً قبل الرؤية؛ لأنه لايعتد فائدته إلا أنه صحيح، وإن جهلت المدة، لأنه ثبت حكماً بمنزلة خيار يحدث بحدوث عيب[1]

١ـ العَيْب: هو نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة.
العَيْب والعَيْبَة والعاَب في اللغة بمعنى واحد.
يقال: عَابَ المتاعُ: أي صار ذا معيب، فهو معيب ومعيوب أيضاً على الأصل.
والجمع: أَعْيَابٌ وعُيُوب.
(لسان العرب ٦٣٣/١، والصحاح ١٩٠/١، وأنيس الفقهاء ص٢٠٧)
العيب في الشرع: هو كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار.
(الهداية ٤/٦، وتحفة الفقهاء ٩٣/٢، والبحر الرائق ٣٥/٦،٣٨)
والمراد بالعيب عيب كان عند البائع ولم يره المشترى عند البيع ولاعند القبض فهو يوجب الخيار.
إن هذا الخيار يسمى خيار العيب إضافة الشيء إلى سببه.
(أنيس الفقهاء، ص٢٠٧، والبحر الرائق ٣٥/٦)

فإن قيل: لما لم يملك الرضا (لعدم محله)[١] شرعاً لم يبق الرضا في ملكه الذي بنى عليه أمر التجارة.

قلنا: إن سبب ملك الرضا الرؤية، والرؤية في ملكه بطريقها، فصار الرضا مملوكاً حكماً لملكه بسببه، وهذا بخلاف خيار الشرط من حيث يملك إسقاطه؛ لأن محل الرضا يثبت بالرؤية والخيار ثبت بشرطه، والشرط حقه فسقط بإسقاطه، وخيار العيب يثبت بناء على صيرورة صفة السلامة حقاً له بالشراء على ماعرف، وذلك في حكم جزء من المبيع، وهو حقه فسقط بإسقاطه كما سقط بعض السلم والثمن والخيار ههنا ثبت لعدم الرضا. وعدم الرضا لعدم محله كان ثابتاً شرعاً لتحصل به فائدة التجارة من الربح بخلاف النكاح فإنه يتم بلا رؤية ولما ثبت حقاً للشرع / كالقبض في السراية بنهى العقد شرعاً لالحق له فيه فلم يتبدل الشرع بإسقاطه [٣٤٤/أ] ورضاه.

وبخلاف الآبق؛ لأنه ليس في يديه؛ لأنا نعنى باليد يداً مسلّمة؛ لأن تمام البيع بالتسليم، وفوته مفسد، وكان كبيع عبد مغصوب ينكره الغاصب، ويراه المشترى ويعرف أنه للبائع.

وكذلك بيع فص الخاتم[٢] لايجوز، وهو يرى؛ لأنه عاجز عن التسليم إلا بالقلع، والشرع لايأمره به لما فيه من الضرر.

١ـ في نسخة ب: «لمحله».

٢ـ فَصُّ الخاتم: مايركب فيه من غيره، وجمع الفص: فصوص وأفص وفصاص.
(لسان العرب ٦٦/٧، والمصباح المنير ٤٧٤/٢)

حتى إذا باع الآبق ممن هو عنده صح؛ لأن القدرة على التسليم ثابتة.

وأما اللبّ[١] في الجوز؛ فلا رواية فيه، والظاهر أنه لايجوز؛ لأنه لايمكنه التسليم إلا بكسر الجوز، وفيه ضرر[٢] كما أن بيع فص الخاتم لايجوز وإن كان مرئياً.

وهذا؛ لأن المالية التي يعتنى جوزاً يزول بالكسر. ولأن اللب قبل الكسر صفة للجوز محضة؛ لأن صلاح الجوزة كذلك جوزة بلبها. والصفات لا تقبل البيع لما ذكرنا. إنها أتباع بخلاف شراء التمر على النخل؛ لأنه معد لفصل ممكن مع بقاء الأصل، وبقاء الثمرة على حالها فأشبه التجاوز من هذا الوجه. حتى لم تدخل تحت مطلق بيع الشجرة.[٣]

فأما اللبُّ فلا يمكن أخذه من الجوز إلا بعد ذهاب اسم الجوز كالدقيق من الحنطة، فدل على وجوده فيها لا بالتجاوز.

وهذا بخلاف السلم؛ لأن المسلم فيه سُمِيَّ في الذمة، ولا يصير معلوماً بالاسم؛ لأن له أنواعاً كثيرة مما يدخل تحته، والمشتري أخذ منها، فإذا كان بين

١ـ اللب: خالص كل شيء ولب الجوز واللوز ونحوهما: مافي جوفه (الصحاح ٢١٦/١)

٢ـ ولاحتمال عدم وجود اللب في الجوز، ولايصح الانعقاد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الأصل (بدائع الصنائع ١٤٧/٥، البحر الرائق ٧٥/٦)

٣ـ فتكون الثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري أن يشتري الشجرة مع الثمرة التي فوقها. (الهداية: ٤٨٦/٥ ، واللباب في شرح الكتاب: ٩/٢).

وقد روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((من باع نخلا قد أبّرت فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع))

والحديث متفق عليه، وهو عند البخاري في كتاب البيوع باب من باع نخلا قد أبّرت : ٤١٦/٩.

وعند مسلم في كتاب البيوع / باب من باع نخلا عليها ثمر ١١٧٢/٣

الأنواع مما يدخل تحت الاسم تفاوت معتبر لم يجز، كما لو اشترى شاةً من قطيع[١]

وإذا أتى بأوصاف هي شروط السلم قل التفاوت أولم يبق فلم يفسد، وإن كانت الأمثال كثيرة ، والمشترى واحد منها، كما إذا اشترى قفيزاً من صبرة. وكان الفساد لجهالة أصل المبيع جهالة فاحشة. لا بجهالة الوصف مع تعيين الأصل.

فأما في مسألتنا هذه فالعين معلومة بالإشارة إليها. والجهالة جهالة الوصف.

وأما الجواب عن النهي[٢] فالمراد به ما ليس عنده[٣] في ملكه؛ فإنه لو باع عبداً حاضراً عنده لا يملكه ثم ملكه (فسلم)[٤] لم يجز.

ولو باع عيناً في ملكه غائباً عن حضرته وقد رآه المشتري (قبل ذلك)[٥] جاز إذا بين مكانه. وإذا حضر عنده ، وكان في كفه، ولم يره المشتري لم يجز عندك، وقد باع ما عنده.

وهكذا نقل سبب الحديث فإنهم كانوا يبيعون ثم يشترون فيسلمون[٦] فبلغ ذلك رسول الله [ﷺ] فنهى عن بيع ما ليس عند الإنسان

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ القطيع: الطائفة من البقر والغنم. والجمع: أقاطيع على غير قياس الصحاح: (١٢٦٨/٣)

٢ـ أي نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان حيث قال لحكيم بن حزام: ((لا تبع ما ليس عندك)) أخرجه أصحاب السنن الأربعة سبق ذكر الحديث وتخريجه في ص :٢١٧

٣ـ أي عند البائع .

٤ـ غير موجود في نسخة(أ)

٥ـ غير موجود في نسخة(أ)

٦ـ وذلك صريح في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه حيث قال: (أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه؟ قال: (لا تبع ما ليس عندك) راجع لتخريج الحديث إلى ص : ٢١٧

مسألة

[الخلاف في حكم بيع جزء من الدار بذراع]

إذا باع ذراعاً[١] من عشرة أذرع من هذه الدار لم يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما يصح.

لأن الذراع اسم لمكان يأخذه الذراع. وهو مكان عين لا جزء شائع فلا يجوز، كما لو باع بيتاً من الجملة لتفاوت أجزائها عيناً[٢]

ويجوز عندهما؛ لأنه في العرف[٣] صار عبارة عن سهم من عشرة أسهم

١- الذراع: اليد من كل حيوان، لكنها من الإنسان من المرفق إلى أطراف الأصابع
والذراع أيضاً: ما يذرع به أي ما يقدر به بالذرع. وهو مأخوذ من مسافة ما بين ظرفي المرفق إلى نهاية طرف الأصبع الوسطى من اليد.
وذرع كل شيء: قدره، يقال: ذرعت ذرعاً: قسته بالذراع. والتذرع: تقدير كل شيء بالذراع وجمع الذراع أذرع
والذراع معروفة كوحدة قياس للطول.
والذرع الشرعي: ست قبضات معتدلات، كل قبضة أربعة أصابع، وهو يعادل اليوم (٤٦،٢) سنتيمترا طولا.
(يرجع للمعنى اللغوى إلى لسان العرب ٩٣/٨، والمصباح المنير ٢٠٧/١-٢٠٨)
وللمزيد من المعرفة الرجوع إلى (كتاب المكيال والميزان في معرفة الكيال والميزان وحاشية محققه ص٧٧)

٢- هو تعليل لقول أبي حنيفة رحمه الله، وعنده: المؤدى من ذراع من عشرة أذرع قدر معين، وجوانب الدار مختلفة الجودة، فتقع المنازعة في تعيين مكان ذراع ففسد البيع.
(فتح القدير لابن الهمام ٤٧٨/٥-٤٧٩، والبحر الرائق ٢٩٢/٥، وبدائع الصنائع ١٦٣/٥)

٣- العرف: هو مااستقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول.
(التعريفات للجرجاني ص١٤٩)
قال في لسان العرب (٢٣٩/٩): «العرف والعارفة والمعروف واحد: ضد النكر، وهو كل ماتعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه»
وهو حجة لذا استدل به صاحبا أبي حنيفة هاهنا.
وكذلك العادة. عرفها ابن نجيم في فتح الغفار: (١٣٩/١) بأنها «عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة»
(راجع أيضاً التعريفات: ص١٤٦-١٤٩»

فيتناول جزءاً شائعاً. وإنه جائز بالإجماع[١]

☆☆☆☆☆☆

١- مبنى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه على أن المؤدى من ذراع من عشرة أذرع معين أو شائع، فعندهما شائع، كأنه باع عشر الدار وبيع الشائع جائز إتفاقاً كما في بيع سهم من عشرة أسهم، وعنده: معين كما سبق ذكره، قال في البحر الرائق ٢٩٢/٥: «فلو أتفقوا على مؤداه لم يختلفوا» ويرجع أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام: ٤٧٨/٥-٤٧٩»

مسـألة

[الخلاف في حكم شـراء قطيع معين كل شاة بسـعر معين]

إذا اشترى قطيعاً بعينها كل شاة بعشرة لم يجز عند أبي حنيفة، إلا أن يعلم بعدد الجملة في المجلس ويرضى به[١]

وقال صاحباه:[٢] هو جائز؛ لأنه لو سمى العدد أجزأه فكذلك وإن لم يسمه؛ لأن الأشارة أبلغ أسباب الإعلام فلم يعتبر منها إعلام بالتسمية،

ألا ترى أنه لو اشترى هذا القطيع بألف درهم ولم يدر عدد القطيع كان جائزاً، ولايجوز أن يفسد لجهالة الثمن؛ لأنه سمى لكل شاة عشرة، وإذا كان نصيب كل شاة معلوماً استغنى عن ذكر الجملة؛ لأنالتسمية متى صحت صارت كل شاة في الثمن، كأنه اشترى على حدةبخلاف ماإذا اشترى برقمه[٣] فإنه لايجوز حتى يعلم به في المجلس ويرضى به[٤] لأن تعين الشيء يكون بالإشارة وإذا لم يكن عيناً فبالتسمية، وقد عدمتا جميعاً؛ لأن الرقم ليس بعين المسمى ولا وضع معياراً للمسمى

١ـ أو يعلم جملة الثمن لدفع جهالة تفضى إلى النزاع فتح القدير لابن الهمام ٤٧٥/٥،

٢ـ أبو يوسف ومحمد بن الحسن

٣ـ الرقم في اللغة: الكتابة والختم والإعلام، ورُقِّمْت الشيء ورقمته ترقيما: أعلمته بعلامة تميزه عن غيره كالكتابة وغيرها،

قال في المغرب: (٣٤٣/١) التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنهاكذا (يرجع إلى الصحاح ١٩٣٥/٥، والمصباح المنير ٢٣٦/١، والمغرب ٣٤٣/١)،

قال في البحر الرائق ٢٧٥/٥: «الرقم - بسكون القاف - علامة يعلم بها مقدار ماوقع البيع به من الثمن»

والبيع بالرقم في اصطلاح الفقهاء: هو أن يعلم البائع على السلعة بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمنها. ولا يعلم المشتري ذلك. (العناية: ٥٠١/٥ ، والكفاية: ٥٠١/٥) . فإن قال البائع: بعتك هذه السلعة برقمها وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار فالبيع فاسد. فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزاً (العناية: ٥٠١/٥ والكفاية: ٥٠١/٥)

٤ـ (يرجع أيضاً بدائع الصنائع ٥٩/٥ والبحر الرائق ٢٧٤/٥-٢٧٥، ومنحة الخالق ٢٧٥/٥)

ليصير معلوم القدر بإعلام معياره القائم مقام ذاته، فبقى الثمن مجهولا جهالة ضعيفة، لأن الرقم وإن لم يكن معياراً فهو معرف (بالجملة)[١] بمنزلة المعيار، فمن حيث أنه شابه المعيار اقتضى الجواز، ومن حيث أنه لم يكن معياراً اقتضى الفساد،

فقيل: ينعقد فاسداً على احتمال الجواز بارتفاع الجهالة في المجلس؛ لأن لساعات المجلس حكم ابتدائها في تدارك شرائط جواز العقد في البعض منها لخفة أمره،

وهذا بخلاف ماإذا استأجر شيئاً كل شيء بدرهم لم تجز الإجارة إلا في شهر؛ لأن الجملة غير معلومة بالإشارة فلم يصح لجهالة المعقود عليه لا للثمن،

وأبو حنيفة يقول: (إن)[٢] القطيع كله مشتراة جملة لاتفصيل فيها مبيعة، وإنما التفصيل في الثمن،

ألا ترى أنه لو استحق بعض المبيع ثبت له خيار رد البقية، وثمن جملة القطيع مجهول؛ لأنه لم يشر إليه بعينه، ولاذكر قدرها بعددها أو معيارها، وطريق المعرفة أحد هذين، فأشبه ما إذا اشترى شيئاً برقمه أو بمثل مااشتراه به فلان بخلاف ماإذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهباً، /لأنهما اصطلحا على أن يكون معياراً للثمن [٣٤٤/ب] ولقد صار معلوماً بالإشارة إليه، فصار في حقهما كما لو (قالا) [٣] بوزن هذه المثاقيل وهي مشار إليها، فيصير إعلام المعيار بالإشارة بمنزلة إعلام الثمن بعينه، وهو عين مشار إليه إلا أن الجهالة ضعيفة على ما قالا[٤] فيعود إلى الجواز بالإرتفاع في المجلس كالرقم بعينه،

١ـ في نسخة(ب): «في الجملة»
٢ـ في نسخة(ب): "بأن"
٣ـ في نسخة(ب): "قال"
٤ـ أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله.

وقال[١] أبو حنيفة فيمن اشترى صبرة[٢] كل قفيز[٣] بدرهم: إن البيع يفسد في الجملة؛ لأن ثمن الجملة مجهول، لكن يصح في قفيز؛ لأن ثمنه معلوم وهو أيضاً معلوم القدر من حيث قفيز نكرة؛ لأن «كل» يتناول كلَّ قدرٍ على حدة، فيجوز، كما لو اشترى قفيزاً من الصبرة بدرهم.

وفي مسألتنا لايجوز في الواحد كما لو اشترى شاة من القطيع بعشرة[٤]

وذكر في كتاب الشفعة: لو اشترى نصيب البائع في هذه الدار لأن نصيبه معلوم بالإضافة إلى الملك والمكان معلوم بتعيين الدار فصار بمنزلة ماإذا اشترى الثياب التي في هذا الجراب[٥] وإنه يجوز وإن لم يعلم عددها؛ لأنها في نفسها معلومة بظرفها وإن جهل المشترى ذلك.

وأبو حنيفة يقول: المبيع مجهول، فلا يجوز كما لو اشترى ثوباً من الجملة.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الإعلام حصل بذكر النصيب مضافاً إلى صاحبه والمشترى بهذا الدليل ثلثاً أو ثلثين أو أقل.

فأما إذا اشترى هذه الأثواب التي فيها (فقد)[٦] أشار إلى العين بالإشارة إلى المكان المحتوى عليها حتى امتاز عن غيرها.

١ـ في نسخة ب: ولهذا قال "

٢ـ الصُّبْرَة: ماجمع من الطعام بلا كيل ولاوزن بعضه فوق بعض. قال في اللسان ١٤١/٤ «الصبرة: الطعام المجتمع كالكومة» وهي واحدة صبر الطعام، يقال اشتريت الشيء صبرة أي بلا وزن ولاكيل. واستصبر الشيء أي استكثف وتراكم (يرجع إلى الصحاح ٧٠٧/٢ ، ولسان العرب ٤١٤/٤)

٣ـ راجع لمعنى القفيز ص: ١١٣

٤ـ لأن الشاة ليست من المثليات بل من القيميات، والآحاد متفاوة فلم ينقسم الثمن على الجملة بالأجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد، وذلك بخلاف بيع قفيز من صبرة فأنه من المثليات (فتح القدير لابن الهمام ٤٧٥/٥).

٥ـ الجِرَاب: الوعاء، قال في اللسان ٢٦١/١: «الجراب: وعاء من إهاب الشاة لايوعى فيه إلا يابس والجمع أَجْرِبَة وجُرُب وجُرْب، (الصحاح ٩٨/١، ولسان العرب ٢٦١/١)

٦ـ في نسخة (ا-ب) بُعد " :

وفيما نحن فيه لم يميز قدر ملكه بما سمى، فإنه باسم لايفصل بين قدر وقدر مع تفاوت المقادير.

فقول أبي حنيفة إلى القياس أقرب، وقولهما إلى الإستحسان. فهذه مسائل اشتمل البدل فيها على الجهالة وعلى العلم من وجه.

فقيل بالفساد إلى أن يعلم في المجلس فيجوز[1]

ولم يقل بفساد باب؛ لأن الجهالة غير ثابة مطلقة ليكون الحكم تقدير العلة.

☆☆☆☆☆☆

١- أي يجوز إذا علم قبل أن يفترق العاقدان من مجلسهما قال في البحر الرائق (٢٨٧/٥): «قال الحلواني رحمه الله تعالى الأصح عند أبي حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام في المجلس لاينقلب العقد صحيحاً، لكن لو كان البائع على رضاه ورضي المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضي، كذا في الفوائد الظهيرية.»

مسألة

[الخلاف في حكم البيع بخيار التعيين]

إذا اشترى أحد ثوبين بعشرة على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر، وكذلك أحد الأثواب الثلاثة؛ فالبيع بهذا الشرط جاز[١] استحساناً عندنا، وعند زفر: لايجوز قياساً[٢] لأن المبيع أحد الأثواب، وإنه مجهول متفاوت، وهذه جهالة مفسدة للعقد، كمالو لم يشترط خياراً ، وكما لو اشترى أحد الأثواب الأربعة على أنه بالخيار، يأخذ أيها شاء ويرد الأخر.

ووجه الاستحسان: إنا أجمعنا أن البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام يجوز، ولايجوز أبداً، وكان القياس أن لايجوز؛ لأنه يمنع العقد عمله فلم يكن ملائماً له، والأصل أن الشرط الذي لايلائم البيع يفسده، لأنه[٣] نهى عن بيع وشرط[٤]

ثم الشرع جوز مع شرط الخيار في ثلاثة عدد من الأزمنة على مايعد بها الأزمنة عادة من الأيام وفيه عين العلة، وهي نفي الغبن وتجرى الموافقة على ماروى في قصة بشرط الخيار[٥]

١ـ أما إذا كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد بالإتفاق؛ لأن الحاجة تندفع بالثلاث لتحقق الجيد والردىء والوسط فيها، فلا تشرع الرخصة في الزائد؛ لأن شرع الرخصة للحاجة، (الهداية ٥٢١/٥، وفتح القدير لابن الهمام ٥٢١/٥ـ٥٢٢، وبرائع الصنائع ١٥٧/٥).

٢ـ يرجع إلى الهداية وشروحها ٥٢١/٥.

٣ـ أي لأن الرسول ﷺ

٤ـ رواه الطبراني في معجمه الوسط، (راجع إلى نصب الراية ١٧/٤) بطريق عبد الوارث بن سعيد عن أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ «أنه نهى عن بيع وشرط» وفيه قصة اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى وابن شبرمة رحمهم الله، علل ابن قطان الحديث بضعف أبي حنيفة (نصب الراية ١٨/٤).

٥ـ أي قصة حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى: كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت فقل: لاخلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام»

رواه الحاكم في المستدرك -كتاب البيوع (٢٢/٢) من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر، وسكت عنه.

والبيهقي في سننة - كتاب البيوع /باب لايجوز شرط في البيع أكثر من ثلاثة أيام =

وكما ينتفى الغبن بالنظر في عين واحدٍ على توالى الأزمنة يرتفع بالنظر في الأعيان ليختار الأوفق له منها، بل هذا أحرى لإصابة النظر وفساد البيع بجهالة المبيع مثل الفساد بالشرط، لأن كل واحد منهما يفسده ولايبطله أصلاً،[١] بل يجب الملك به، فلما احتمل الشرط في مدة الثلاث نفياً للغبن، فلأن يحتمل الجهالة في الثلاث نفياً للغبن أولى وأحرى.

ثم لم يحتمل في الشرط أكثر من ثلاث، فكذا ههنا من طريق الأولى أيضاً، لأن الثلاث مشتمل على كل الأوصاف جيد ردىء ووسط، فتصير الزيادة لغواً وضعاً.

وقد قال علماؤنا فيمن دفع إلى آخر ثوباً وقال له: انظر فيه إلى ثلاثة أيام، فإن رضيت فهو لك بعشرة من قرض، تم البيع بينهما بعشرة، ويكون بمعنى المعلق بالشرط؛ لأن الخطر مفسد كالشرط فلما احتمل الشرط (نفياً)[٢] للغبن بإثبات الخيار له ثلاثة أيام احتمل الخطر أيضاً بهذا الشرط، فهذه جهالة مبيع اعتبارها بخيار الشرط استحساناً.

والقياس أن تكون مفسدة، ودل عليه مامر في شراء شيء لم يره[٣] إن جهالة المبيع إذا لم يتضمن تفويت القبض لايفسد البيع كقفيز من صبرة.

= (٥/٢٧٣-٢٧٤)

وابن ماجة - في الأحكام /باب الحجر على مايفسد ماله (٢/٧٨٩) وقال في الزوائد: «في اسناده محمد بن اسحاق، وهو مدلس وقد عنعنه»

والحديث بدون ذكر الخيار والقيد بثلاثة أيام في الصحيحين من رواية بن عمر رضي الله عنهما (عند البخارى -في البيوع/ باب مايكره من الخداع في البيع ٩/٣٢٢، وعند مسلم، في البيوع /باب من يخدع في البيع٣/١١٦٥).

في السنن الأربعة من رواية أنس بن مالك رضى الله عنه، (أبو داود -كتاب البيوع ٥/١٤١، والترمذي -البيوع ٣/٥٥٢، وقال: حديث حسن صحيح غريب، والنسائى -البيوع ٧/٢٥٢، وابن ماجة -الأحكام ٢/٧٨٨).

١- سبق الكلام في الفرق بين الفاسد والباطل في ص:٨٤راجع إليها.

٢- غير موجود في نسخة «أ»

٣- راجع ص: ٢١٨-٢٢١

وإذا جعل الخيار لأحدهما فلا منازعة فيه فلا يفوت قبض، إلا أنا قصرنا الأمر على الثلاث استحساناً؛ لأن المقصود من الخيار وهو النظر يتم بثلاث لاشتمالها على الأوصاف كلها[1] ولم يجز في الأكثر (لتفاحش)[2] الجهالة بلا فائدة.

☆☆☆☆☆☆

١ـ من الجودة والراءة والوسط.

٢ـ في نسخة ا: «لبقاء جنس»

مسألة

[الخلاف في حكم البيع بالمثل خرصاً وحكم بيع العرايا]

قال علماؤنا: الخَرْصُ[١] لا يوجب إعلام المبيع، فلا يجوز بيع التمر على رأس النخل بمثله خرصاً عندنا[٢]

وقال الشافعي: يجوز بمثله خرصاً محدوداً فيما دون خمسة أوسق[٣]؛ لأن النبي عليه السلام «رخص في بيع العرايا خرصاً»[٤] وفي رواية (فيما دون خمسة

١ـ الخَرْص: حَزْرُ ما على النخل من الرطب تمراً ومن العنب زبيباً. يقال: خَرَصْت النخل والكرم أخرصه خرصاً: إذا حزر ما عليها من الرطب تمراً ومن العنب زبيباً. وهو من الظن؛ لأن الحزر إنما هو تقدير بظن.

قال في اللسان ٢١/٧: «أصل الخرص التظني فيما لا تستيقنه ومنه: خرص النخل والكرم إذا حزرت التمر؛ لأن الحزر إنما هو تقدير بظن لا إحاطة.

والاسم الخِرْص: بالكسر. الصحاح: ١٠٣٥/٣، ولسان العرب: ٢١/٧»

٢ـ هذا البيع هو المسمى بيع العرايا. والعرايا جمع عرية، (الصحاح ٦/٢٤٢٢) و بيع المزابنة، كما يأتي في نص المؤلف - رحمه الله -.
(يرجع للمسألة إلى البحر الرائق ٦/٨٢-٨٣ ومجمع الأنهر ٥٦/٢ وحاشية رد المحتار على الدر المختار ٦٥/٢)

٣ـ الأم: ٥٣/٣ ـ ٥٦، والرسالة: ص ٣٣٣ ـ ٥٤٧، والمهذب: ٢٨١/١ قال فيه: «وأما العرايا وهوو بيع الرطب على النخل بالتمر على الأرض خرصاً. فإنه يجوز للفقراء فيخرص ما على النخل من الرطب وما يجنى منه من التمر إذا جف ثم يبيع ذلك بمثله تمراً ويسلمه إليه قبل التفرق»

واختلف الشافعية في جواز بيع العرايا للأغنياء على قولين:

الأول: أنه لايجوز؛ لأن الرخصة وردت في حق الفقراء. والأغنياء لا يشاركونهم في الحاجة فبقي في حقهم على الحظر. وهو اختيار المزني.

الثاني: أنه يجوز كما يجوز للفقراء؛ لأن كل بيع جاز للفقراء جاز للأغنياء كسائر البيوع؛ ولأن ظاهر الخبر التسوية بين الفقراء والأغنياء.

يرجع للمزيد من المعرفة في ذلك: المهذب: ٢٨١/١ ـ ٢٨٢، والأم: ٥٦/٣، وفتح الوهاب لزكريا الأنصاري: ١٨٣/١. صرح فيه بترجيح جوازه للأغنياء أيضاً، ومغني المحتاج: ٩٣/٢ ـ ٩٤، قال فيه: «محل الجواز في العرايا ما لم تتعلق بالثمرة زكاة»

٤ـ الحديث أخرجه البخاري في البيوع باب تفسير العرايا(٤٠٤/٩)، وباب بيع العرايا(٣٩٦/٩، ٣٩٨)، وفي المساقاة باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٢٣٢/١٠)، ومسلم في البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا العرايا (١١٦٨/٣، ١١٦٩) عن زيد بن ثابت رضي الله عنه.

ولفظ البخاري في المساقاة: «قال: «رخص النبي ﷺ أن تباع العرايا بخرصها تمراً»

أوسق)[١]

ولأنَّ القياس أن لا يجوز ما ليس بعين سلماً ثم جوزت رخصة لحاجة المفاليس[٢] وأن لا يجوز بيع التمر قبل الجذاذ لعدم الكيل. ولكن قد يحتاج الإنسان إلى بيعه بتمر/ مجذوذ لعدم إمكان الجذاذ لعذر، فيجوز . وأقيم الخرص مقام الكيل دفعاً للحرج. إلا أنَّ هذا لا يقع عادة إلا في القليل، فيبقى الكثير على أصل القياس. وطلب الفصل بين القليل والكثير بالشرع. [٣٤٥/أ]

وقد روى الشافعي في كتابه: أن النبي عليه السلام سئل عن بيع التمر على رأس النخل قبل الجذاذ بمجذوذ، فأباح[٣]

ولنا ما روي عن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا سواء بسواء كيلا بكيل)[٤] وقال: (التمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل)[٥]

١ـ ورد لفظ «فيما دون خمسة أوسق» في حديث أخرجه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (رخص النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق) وشك داود في ذلك. وهو داود بن حصين الذي يروي الحديث عن أبي سفيان مولى أبي أحمد عن أبي هريرة. قال في فتح الوهاب بعد ذكر شك الراوي (١/١٨٣): «فأخذ الشافعي بالأقل في أظهر قوليه»
والحديث عند البخاري في المساقاة باب الرجل الذي يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (١٠/٢٣٣) ، وفي البيوع باب بيع التمر على رؤوس النخل (٩/٤٠٠). وعند مسلم في البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (٣/١١٧) واللفظ للبخاري (راجع أيضاً مسند الشافعي : ص١٤٤.)
والأوسق: جمع وسق ـ بفتح الواو ، قيل بكسره ـ وهو ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ وهو مأخوذ من حمل البعير.
(الصحاح: ٤/١٥٦٦ ، والمصباح المنير: ٢/٦٦ ، وعمدة القاريء: ٩/٤٠٠ .)

٢ـ المَفَالِيس: جمع مُفْلِس. وهو في الحقيقة: الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر. يقال أَفْلَسَ الرجل: صار إلى حال ليس له فلوس. أو صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم. (لسان العرب: ٦/١٦٥ ، والمصباح المنير: ٢/٤٨٠.)
والمفاليس هنا بمعنى المحتاجين وأهل العسر.

٣ـ لم أعثر عليه بهذا اللفظ في كتبه. اللهم إلا أن فيه النصوص الواردة في بيع العرايا .(راجع الأم: ٣/٥٣ ، وما بعدها ، ٣/٥٦ ، والرسالة: ص٣٣٣ ، ٥٤٧)

٤ـ سبق تخريجه في ص : ١٠٠

٥ـ سبق تخريجه في ص : ١٠١

وهما خبران يجريان مجرى التواتر. فلا يزاد عليهما المساواة بالخرص وقد قصر الأمر فيهما على المساواة بالكيل.

وعن النبي عليه السلام: (أنه نهى عن المزابنة)[١] وهي بيع التمر على رأس النخل بتمر مجذوذ. هكذا فسرها أبوعبيد[٢] في الغريب.

وكذلك القياس معنى. فإن معرفة القدر بالخرص محدوداً فوق ما إذا لم يكن محدوداً. ولا يجوز في المحدودين. (فكذلك في المحدود)[٣] بغيره.

وحديث العرية شاذ ورد بخلاف القياس الصحيح. فلا يقبل عندنا إلا أن يكون الراوي فقيها معلوماً. وهذا ورد مخالفاً لخبر مشهور بأن زاد مساواة أخرى على الكيل. وإنه يجري مجرى النسخ فلا يصح بالإجماع.

ثم التأويل عندنا: أن العرية في اللغة اسم للعطية. يقال: عَرَى يَعْرُو إذا سأل. وأعْرَى يُعْرِي إذا أعطى. يقول الشاعر:[٤]

١ـ سبق ذكر الحديث وتخريجه والإشارة إلى طرقه في ص١٤٥ خلال الكلام عن نهي المحاقلة. وفي رواية جابر بن عبدالله رضي الله عنه عند مسلم كتاب البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة ١١٧٤/٣ قال عطاء الراوي عنه: «...وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا» وفسر المزابنة في حديث أبي سعيد الخدري عند البخاري: ٣٩٧/٩ ومسلم: ١١٧٠/٣ بأنها: اشتراء التمر بالتمر في رؤوس النخل. وفسرها في حديث ابن عمر عند البخاري: ٣٩٧/٩ بأنها: اشتراء التمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا

٢ـ هو القاسم بن سلاّم الهروي. ومن كبار العلماء بالحديث والأدب والفقه. ولد بهراة وتعلم بها ورحل إلى بغداد فولي القضاء بطرسوس ثماني عشرة سنة. ورحل إلى مصر سنة ٢١٣هـ وإلى بغداد. وقصد مكة المكرمة للحج سنة ٢١٩هـ وظلّ بها مجاوراً للبيت حتى توفي بها عام ٢٢٤هـ على أصح الأقوال. (الأعلام: ١٧٦/٥).

وهو أول من ألف في غريب الحديث. قال الخطابي في مقدمة كتابه غريب الحديث ٤٧/١ ـ ٤٨: «فكان أول من سبق إليه ودل من بعده أبوعبيد القاسم بن سلام. فإنه قد انتظم بتصنيفه عامة ما يحتاج إلى تفسيره من مشاهير غريب الحديث، فصار كتابه إماماً لأهل الحديث، به يتذاكرون، وإليه يتحاكمون»

٣ـ غير موجود في نسخة ب

٤ـ الشاعر هو سويد بن الصامت بن حارثة بن عدي الخزرجي الأنصاري اشتهر في الجاهلية وأدرك الإسلام وهو شيخ كبير. ولقيه الرسول ﷺ قبل الهجرة فدعاه إلى الإسلام فتلا عليه شيئاً من القرآن فاستحسنه. وانصرف عائداً إلى المدينة. فلم يلبث أن قتله الخزرج. وإن

لَيْسَتْ بِسَنْـــهَاءَ وَرَجَّبِيَّـــةٍ ولكن (عرايا)[١] في السِّنِينِ الجَوَائِحِ[٢]

يعني العطايا، يمدح نفسه بها والمدحة بالعطية تكون لا بالتجارة.

وقال النبي عليه السلام للخراص: (دعوا في المال الثلث، فإن لم يكن فالربع. فإن فيه العرية والوصية)[٣] يعني العطية حياة ومماتاً.

وكان الرجل منهم يعري حميما له أو صديقاً تمر نخلة من نخيله ثم كان يشق عليه الدخول لمكان حرمة أو سائر النخيل فكان يعطيه بدل ذلك تمراً مجذوذاً خرصاً. وإنه جائز عندنا؛ لأن الملك لا يقع إلا بالجذاذ. فلا يكون بيعاً. بل هبة. إلا أن الراوي سماه بيعاً لتصوره بصورة البيع مجازاً كبيع الحر وكانت الحادثة فيما دون خمسة أوسق. وسئل عنه رسول الله [ﷺ] فجوزه ولم يره قبيحاً كما استقبح الرجوع في الهبة فظنَّ الراوي أنه بيع على الحقيقة. ونقل على ما ظنَّ على سكوت عن السبب.

رجالا من قومه كانوا يقولون: إنا لنراه قد قتل وهو مسلم.
وكان قتله قبل يوم بعاث. وبعاث: موضع كانت فيه الحرب بين الأوس والخزرج.
(راجع لسان العرب: ٤٩/١٥ ، والسيرة النبوية لابن هشام: ٤٢٧/١ ، والأعلام: ١٤٥/٣)

١- في نسخة ا و ب العرايا وهي في الصحاح:(٢٤٢٤/٦)وفي لسان العرب: (٤٣١/٢ ، ٤٩/١٥،) وردت نكرة. وكذلك في شرح معاني الآثار للإمام الطحاوي:(٣١/٤). والنكرة أنسب والله أعلم.

٢- الجَوَائِح: جمع الجَائِحَة: وهي الآفة والشدة.
قال في لسان العرب:(٤٣١/٢) «والجَوْحَة والجَائِحَة : الشدة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة»
يقال: جاح الله ماله وأجاحه بمعنى : إذا أهلكه بالجائحة . وقال الشافعي رحمه الله: جماع الجوائح كل ما أذهب الثمر أو بعضها من أمر سماوي بغير جناية آدمي.(لسان العرب: ٤٣١/٢ ، والمصباح المنير: ١١٣/١)

٣- الحديث أخرجه أبوداود في كتاب الزكاة باب في الخرص(٢١٢/٢ ـ ٢١٣)عن عبدالرحمن بن مسعود بن نيار الأنصاري قال: (جاء سهل بن أبي حثمة إلى مجلسنا قال: أمرنا رسول الله ﷺ إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث. فإن لم تدعوا أو تجذوا الثلث فدعوا الربع).
وأخرجه أيضاً الترمذي في كتاب الزكاة باب ما جاء في الخرص (٣٥/٣) والنسائي في كتاب الزكاة باب كم يترك الخرص(٤٢/٥)
وليس فيه موضع الاستشهاد .

ولذلك جعلنا القياس أولى منه إذا لم يكن الراوي فقيهاً ؛ لأنّه يغلط.[١]

فأما رواية الشافعي نصاً بسببه بحيث لا يحتمل تأويلا، إن ثبت قيل به. وإنا نترك القياس بالخبر فنيرد ضرباً آخر من المساواة رخصة بالخبر إذا ثبت مثل (الأول)[٢] فإنه يجري مجرى النسخ ولم يثبت. فهذا فساد عندنا للجهالة أيضاً.

☆☆☆☆☆☆

١ـ قال الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٠/٤ بعد ذكر الأحاديث التي وردت في العرايا: «فقد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ وتواترت في الرخصة في بيع العرايا. وقبلها أهل العلم جميعاً، ولم يختلفوا في صحة مجيئها، وتنازعوا في تأويلها.

فقال قوم، العرايا: أن الرجل يكون له النخلة والنخلتان في وسط النخل الكثير لرجل آخر. قالوا: وقد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم، فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله، فيضر ذلك بأهل النخل الكثير. فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي صاحب النخلة أو النخلتين خرص ماله من ذلك تمراً؛ لينصرف هو وأهله عنه، ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير، فيكون فيه هو وأهله.

وقد روي هذا القول عن مالك بن أنس رحمه الله.

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول فيما سمعت أحمد بن أبي عمران يذكر أنه سمعه من محمد بن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة قال ـ معنى ذلك عندنا ـ : أن يعري الرجل الرجل ثمر نخلة من نخله فلا يسلم ذلك إليه حتى يبدو له وخص له أن يحبس ذلك، ويعطيه مكانه خرصة تمراً.

وكان هذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك؛ لأن العرية إنما هي العطية. ألا ترى إلى الذي مدح الأنصار كيف مدحهم إذ يقول:

ليست بسنهاء ورجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح.

أي أنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح. فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالك إذ لما كانوا ممدوحين بها، إذ كانوا يعطون كما يعطون، ولكن العرية بخلاف ما قال.»

٢ـ في نسخة(أ)"الأولى"

فصـــل: الاختلاف لمانع في المبيع

مســألة

[الخلاف في حكم شراء الكافر عبداً مسلماً]

الكافر إذا اشترى عبداً مسلماً جاز عندنا، وأجبر على البيع[١]

وقال الشافعي: لا يجوز[٢] لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ الله لِلْكَافِرِينَ عَلَى المُؤمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٣] ولا سبيل فوق الملك؛ لأن الملكية أعلى درجات الشخص والمملوكية أسفلها.

ومعنى ﴿لن يجعل الله﴾ لن يشرع (الله)[٤] كقوله: ﴿لِكُل جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[٥] ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٦] أي ما شرع.

والمعنى فيه: أن الملك الثابت بالبيع ملك يمنع قرار الكافر به على المسلم، فيمنع ابتداء كملك النكاح، وعكسه ملك الإجارة، لما لم يمنع الإسلام الابتداء لم يمنع القرار.

١ـ يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع: ١٣٥/٥

٢ـ إن الشافعية يشترطون إسلام من يشتري الرقيق المسلم والمصحف وكتب الحديث وكتب علم فيها آثار السلف...في الأظهر.

يرجع إلى المهذب: ٢٧٢/١، ومغني المحتاج: ٨/٢، وفتح الوهاب: ١٥٨/١، والاصطلام: ١٠٧/٢ أ

٣ـ سورة النساء ١٤١

٤ـ غير موجودة في نسخة أ

٥ـ سورة المائدة ٤٨ والآية بأكملها ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم في ما آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعاً فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون﴾

٦ـ سورة الحج ٧٨ والآية بأكملها ﴿وجاهدوا في الله حق جهاده هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة أبيكم إبراهيم هو سماكم المسلمين من قبل وفي هذا ليكون الرسول شهيداً عليكم وتكونوا شهداء على الناس فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولكم فنعم المولى ونعم النصير﴾

وهذا؛ لأن القرار في الدوام. ودوام الشيء يكون على صفة الابتداء؛ لأنه بقاء على ما كان، فإذا لم يكن الدوام مشروعاً. ووجب قطعه. فكذلك الابتداء لا يكون مشروعاً، ويجب ردُّه. ولأن ملك البيع ملك عين. وذلك يوجب سلطان المالكية على العين، ويد الاستيلاء. فيكون استذلالا بالمسلم. واستذلال الكافر المسلم غير مشروع بحال، بخلاف ملك الإجارة؛ لأنه عقد تمليك المنفعة وإنما يثبت في كل منفعة تحدث بإيجاب المسلم. وما يستحق عليه بإيجابه لا يكون قهراً عليه إنما القهر في الاستحقاق كرهاً كما يستحق خدمته في الشراء والنكاح كرهاً.

(قال)[١]: ولأن المسلم أمن شرعاً عن يد استيلاء الكافر عليه، فلا يصح شراؤه قياساً على شراء المحرم صيداً مملوكاً[٢]

وهذا؛ لأن تمام الشراء بيد استيلاء، فإنه لو هلك قبل القبض فسد الشراء، ويد المشتري يد استيلاء؛ لأنه يد مالك.

ولا يلزم على هذا شراء الكافر أباه أو (ابنه)[٣] المسلم، فإنه يصح[٤]

وكذلك (على أصل الشافعي: الكافر يلزمه عتق رقبة مؤمنة بالقتل. ويؤمر بأن يقول لآخر: اعتق عبدك عني بألف درهم)[٥] (فيعتقه)[٦] فيصح[٧]. وهو شراء ثم إعتاق؛ لأنه لا نصَّ في شيءٍ من ذلك.

١ـ في نسخة(أ)نُحال؟
٢ـ فإنه يحرم عليه (يرجع إلى المهذب: ٢١٨/١)
٣ـ غير موجود في نسخة(أ)
٤ـ استثنى الشافعية شراء الكافر من يعتق عليه من المسلمين فقالوا بصحته على الأرجح. قال في المنهج: ٨/٢ ـ ٩ : «لا يصح شراء الكافر المصحف والمسلم في الأظهر إلاَّ أن يعتق عليه، فيصح في الأصح»
٥ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة(أ)
٦ـ في نسخة أ ليعتقه
٧ـ أي فيصح عتقه

والظاهر أنه يصح؛ لأن العتق متى صار حكم الشراء متصلا به، والعتق إخراج عن ذل الملكية إلى المالكية انقلب الاستذلال إكراماً؛ لأن الأمور بعواقبها.

فأما إذا لم يكن العتق في حكمه بقي ذلا ببدايته.

و(الفصد) [١] حلال والختان مأمور به[٢] لما في الفصد من الشفاء وفي الختان إقامة طهرة شرعية.

وكذلك سقي الترياق[٣] على الابتداء قتل وحرام، وفي مقابلة سم أصابه مأمور به؛ لأنه يصير شفاء ويرتفع به ضرر السم عنه.

وترك الصلاة المفروضة حرام، وعند الحاجة إلى قتال الكفرة واجب.

ولهذا جوزنا بيعه[٤] وهو تصرف وضرب استيلاء؛ لأنه سبب لزوال استيلائه واستذلاله. والحرمة كانت لمعنى استيلائه على المسلم. فهو كالذمِّي [٥] يطلق امرأته المسلمة ولا ينكحها.

ألآ ترى أنكم تنهون الكافر عن شراء المسلم وتنهون المسلم عن بيع عبده

١ـ في نسخة (أ) "كالفصد".
الفَصْد: شق العرق ليستخرج الدم، وهو مصدر من فَصَدَه يَفْصِدُه فَصْداً وفَصَاداً فهو مَفْصُود وفَصِيد وافْتَصَدَ فلانٌ: إذا قطع عرقه فَفَصَدَ. وانْفَصَدَ الشيء وتَفَصَّدَ: سال. (الصحاح: ٥١٩/٢ ، ولسان العرب: ٣٣٦/٣)

٢ـ قال رسول الله ﷺ في حديث متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه: (الفطرة خمس: الختان والاستحداد وقص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الآباط).
والحديث عند البخاري في كتاب اللباس/باب تقليم الأظافر (٧٥/١٨) وفي كتاب الاستئذان باب الختان بعد الكبر ونتف الإبط(٣٣١/١٨.)
وعند مسلم في كتاب الطهارة/باب خصال الفطرة(٢٢١/١)

٣ـ التِّرْيَاق: هو ما يستعمل لدفع السم من الأدوية والمعاجين. فارسي معرب ويقال أيضاً : درياق بالدال. (لسان العرب: ٣٢/١٠)

٤ـ أي بيع الرقيق المسلم من كافر

٥ـ الذِّمِّيّ في اللغة: من له العهد.
الذِّمَّة: العهد والأمان والكفالة، وجمعها ذمام.
وأهل الذمة: أهل العهد، وهم الذين يؤدون الجزية من الكفار. ويسمى أهل الذمة ذمة لدخولهم في عهد المسلمين وأمانهم.(يرجع إلى الصحاح: ١٩٢٦/٥ ، ولسان العرب: ٢٢١/١٢)

المسلم من الكافر ولا تنهون عن بيعه ولا عن شراء الأب بل تأمرون بذلك، وكان ذلك من الابن جزاء لأبيه.

وكذلك قلتم: إن شراء الأب إعتاقاً حكماً[١] وجوزتم التكفير به، وكذلك هذا إذا قال (للآخر)[٢] : «اعتق عبدك عني» ؛ لأنه لا يتم إلا بإعتاقه. والمأمور متى أجابه بالبيع لم ينعقد.

ولأنّاسعينا لتسوي بين البقاء والابتداء. والذمي إذا أسلم عبده، فكاتبه بقي على ملكه[٣] ؛ لأنه[٤] عقد إنعام بالعتق؛ لأن آخره العتق. [٥] كذلك الابتداء إذا كان من حكمه أن يكون العتق صحيحاً.

ولأنَّ هذا البيع منهي عنه بالإجماع. وإنما نهى لمعنى إسلام العبد كرامة له. وإسلامه معنى فيه. والنهي متى كان لمعنى في المنهي عنه أوجب الفساد بالإجماع كبيع الخمر والحرِّ.

قال: ولا معنى لقولكم: إنَّ العبد إذا أسلم بقي على ملك الكافر. وكذلك إذا مات ورثه ولده الكافر؛ لأنَّ الإرث بقاء على الملك كبقاء الأول عليه على ما عرف. وليس البقاء على الملك كا بتداء الملك. فإن المسلم يبقى على ملكه الخمر. وكذلك يرثها ولا يملك أن يتملكها قصداً.

وتعليلنا لإفساد ملك.

وكذلك المسلمة تبقى على ملك المسلم (وابتداء التملك لا يصح.

١ـ يرجع إلى المهذب: ٥/٢

٢ـ غير موجود في نسخة(ب)

٣ـ يرجع إلى المهذب: ٢١/٢ . وقد علله فيه بأنه: «لا يمكن مطالبة الملك ببيعه أو إعتاقه وهو خارج عن يده وتصرفه فبقي على حالته.»

٤ـ أي لأن عقد الكتابة

٥ـ وفي حالة العجز يؤمر ببيعه. المهذب: ٢١/٢

وكذلك المشركة تبقى على ملك المسلم)[١] والابتداء حرام.

فثبت أن قياس ابتداء كسب الملك قياس فاسد[٢] وإنما يعتبر بابتداء مثله.

بل قيل: لما وجب قطع البقاء وجب ردُّ الابتداء؛ لأن القطع وجب بمعصيته التي لحقت به. والمعاصي يجب ردُّها من الابتداء كما يجب قطعها إذا وقع فيها لا بصنعه.

ولأنه يبيعه من كافر ثم الآخر من كافر، فيبقى تحت أيديهم،

ولعلمائنا: العمومات المجوزة للبيع من غير تفصيل بين مال ومال، ومالك ومالك.

ولأنه يملك بيع هذا المال[٣] فيملك شراءه قياساً على سائر الأموال.

وهذا المعنى فقهي، وهو: أن البيع لا يفارق الشراء من حيث أنه تصرف بحكم ملك العين والولاية عليه. وإنما يفارقه بحكمه، وهو: أن البيع يزيل الملك والشراء يجلبه.

وبهذه المفارقة لا يجب بطلان الشراء؛ لأن الشراء لا يجدد صفة المملوكية للعبد؛ فإنه كان مملوكاً قبل شرائه كما هو بعده. لا مفارقة في العبد بوجه. وإنما يتجدد بالشراء في حق العبد الإضافة إلى الكافر. فإنه قبل هذا كان يضاف إلى المسلم والآن يضاف إلى الكافر، وإضافة المسلم إلى الكافر بالملك مشروعة. فإنه إذا أسلم في ملك الكافر يبقى الملك في حاله والإضافة. وكذلك يرثه ولده، ويتجدد

١ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة(أ)
٢ـ وذلك لوجود الفارق بين الابتداء والبقاء
٣ـ أي العبد المسلم

اسم المالكية للوارث، وإن لم يتجدد سبب الملك في العين.[١]

فثبت أن هذه الإضافة الحادثة بالشراء مما شرعه الله، وبقاؤها بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[٢]

وإنما الذي لم يجعل على الكافرأن يستخدم المسلم قهراً بسلطان الملك. وفي الاستخدام بغير رضاه قهراً استذلال به، وإنه غير مشروع ولهذا يحرم الاستخدام إذا أسلم عبده. ولا يجب على العبد طاعته إذا استخدمه.[٣]

والشراء موجب لملك الرقبة، وملك الرقبة يوجب ملك الخدمة. فنهى الكافر عن شراء المسلم؛ لأنه سبب لملك الاستخدام، وفيه استذلال، وإنه (حرام، فكان النهي عن الشراء لمعنى غيره[٤] لأن ملك الخدمة ملك منفعة وإنه)[٥] حكم آخر غير حكم البيع ونفسه. وهو مما ينفصل عن الشراء وحكمه أيضاً، فإنه يشتري أباه ولا يملك خدمته بحال. ويكاتب عبده فيزول ملك الخدمة زوال (سقوط)[٦] وملك الرقبة باق. وبالشراء يملك الرقبة ولا يملك التصرف إلا بالقبض. والاستخدام ضرب تصرف بحكم ملك الرقبة. وإذا كان النهي عنه؛ لأنه سبب غير مشروع منفصل عن الشراء، وحكمه لم يوجب فساداً كالبيع وقت النداء يوم الجمعة منهي عنه[٧] وهو

١ـ يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع: ١٣٥/٥

٢ـ سورة النساء ١٤١

٣ـ إنما يظهر أثر الملك فيما لا ذل فيه من الاعتاق والتدبير والكتابة والبيع. وجواز هذه التصرفات مبني على الملك.(بدائع الصنائع: ١٣٥/٥)

٤ـ أي غير المبيع

٥ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة(أ)

٦ـ في نسخة ب سقوطه

٧ـ لقوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا إذا نودي للصلوة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ سورة الجمعة ٩.
فإن البيع هنا منهي عنه باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة لما فيه معنى ترك السعي إلى الصلاة.(يرجع إلى العناية ١٠٨/٦)

جائز[١] لأنَّ النَّهي كان لمعنى ترك السعي إلى الصلاة لا للبيع.

وكذلك الصلاة في أرض مغصوبة جائزة[٢] وهو منهي عنها؛ لأن النهي (لغصب) [٣] الأرض بنفسه لا لشغل نفسه بالصلاة، وغصب الأرض فعل غير فعل الصلاة، ينفصل أحدهما عن الآخر، وقد يتصل.

ولهذا المعنى يجبر على الإزالة؛ لأن بقاء الملك سبب ملك الخدمة ساعة فساعة، فيلزم ترك سبب الاستذلال بالمسلم وتركه في قطعه كما يكون يؤمر عند/الابتداء بالترك. وذلك في الامتناع عنه. ولكن في البقاء إذا لم يترك ولم يبع [٣٤٦/أ] صحت الإضافة شرعاً. وكذلك إذا اشترى يصح شرعاً.

وهذا كالمصلي في أرض مغصوبة يؤمر بترك الغصب دون الصلاة. فإذا لم يمكنه إلا بقطع الصلاة بالمشي أمر بالقطع لا لنفس الصلاة. بل لأنها سبب الغصب كما ينهى في الابتداء عن الصلاة التي هي سبب. وإذا لم يقطع كانت الصلاة صحيحة (بقاء وكذلك إذا شرع فيها ابتداء غاصباً للأرض كانت صحيحة)[٤]

ولا كذلك باب نكاح المسلمة[٥] فإنه حرام لتجدد صفة المملوكية على المرأة بالنكاح دون الإضافة إلى الرجل. فالإضافة مشروعة إذا أسلمت المرأة[٦]

١ـ أي جائز مع الكراهة ويترتب عليه الإثم لكونه منهيا عنه. ولكن البيع لا يفسد به ؛ لأن النهي لمعنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة.(الهداية: ١٠٨/٦ ، وفتح الغفار: ٧٨/١)

٢ـ فمن صلى في أرض مغصوبة فهو مطيع بالصلاة وعاص بشغل ملك الغير.(ميزان الأصول: ص٢٣١ ، وفتح الغفار: ٧٨/١)

٣ـ في نسخة (ب) يغصب

٤ـ ما بين القوسين غير موجود في نسخة أ

٥ـ أي لا يصح تزوج الكافر المسلمة مطلقاً. قال ابن الهمام في فتح القدير (٢٨٨/٣) : «لو وقع ـ أي عقد الزواج بين المسلمة والكافر ـ عوقب وعوقبت أيضاً إن كانت عالمة بحاله والساعي بينهما أيضاً امرأة أو رجلا »

٦ـ قال في اللباب في شرح الكتاب (٢٦/٣): «إذا أسلمت المرأة وزوجها كافر...عرض عليه القاضي الإسلام، فإن أسلم فهي امرأته لعدم المنافي، وإن أبى عن الإسلام فرق القاضي =

وتجدد صفة المملوكية على المسلمة من جهة الكافر غير مشروع. فإن الكافر إذا استرق مسلماً لا يجوز.

وكذلك لا يجوز نكاح الكافر أمة مسلمة، وإن كانت مملوكة وطيئاً؛ لأن ملك النكاح غير ملك اليمين. ،إنما يظهر التغاير بالأحكام. ألا ترىأن ملك النكاح (يملك)[١] الطلاق والإيلاء والظهار[٢] والنسب يثبت به من غير وطء ولا دعوة، ويثبت للمرأة حق الجماع والنفقة والمهر.

فإذا كان هذا غير ذلك الملك في حق المملوكية، فالجماع حقها والنفقة (حقها)[٣] والازدواج حقها، وكذلك المهر. ولم يكن هذا حين كانت (توطؤ)[٤] بملك اليمين على أنه يثبت بالنكاح على سبيل الابتداء وأنه غير مشروع.

فأما الشراء، وإن أوجب ملكا جديداً ففي حق العبد فليس يفترقان[٥] فإن العبد في نفسه على الحكم الذي كان قبل الشراء. وهذا تغاير لا يعرف إلا الحكم. وهذا؛ لأن إيجاب ملك مبتدإ في حق المملوك إيجاب ذل. فإن المملوكية إذا قوبلت بالمالكية كان (في غاية)[٦] الذل على ما قاله الخصم. فإيجابه ابتداء من قبل الكافر استذلال حكماً، وإن لم يكن حساً. فأما إذا كان مملوكاً في نفسه فلم يتبدل حكمه في نفسه بتغير الإضافة والذل يعتبر حكماً. لم يلحقه ذل مبتدأ فلم يكن سببه استذلالا ولا تخليصاً عن الذل، فيبقى الاستذلال في الاستخدام الحسي الذي يتعارف

بينهما لعدم جواز بقاء المسلمة تحت الكافر.»

١ـ في نسخة (أ) يملكه

٢ـ راجع لمعنى الإيلاء والظهار إلى ص: ٨٩

٣ـ غير موجودة في نسخة ب

٤ـ غير موجودة في نسخة أ

٥ـ أي أنه كان مملوكاً قبل الشراء وكذلك بعده

٦ـ في نسخة (أ)"غاية في"

استذلالا إذا كان قهراً؛ لأنه أمر مبتدأ،غير أنه أبيح لمسلم مثله، ولم يبح للكافر.

فثبت بأن الآية[١] لاتلزمنا؛ لأن الذي غير مشروع مما ينفصل الشراء عنه. وإن الشراء ليس كالنكاح على مرّ.

وأما قوله: الشراء يوجب يد استلاء لا ينفك عنه. فغلط؛ لأن الشراء يتم بالتخلية وإن كرهه المشتري، ولا استيلاء فيه. وكذلك يشتري الكافر المسلم عبداً بأمره ويقبضه فيتم، وكان مشروعاً، والاستيلاء غير مشروع. بل الاستيلاء تصرف بحكم الملك بعد تمامه بالقبض كالاستخدام.

وليس المسلم كالصيد في الحرم والإحرام؛ لأن الصيد بهما يصير محرم العين علينا كالخنزير والميتة قال الله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُماً﴾[٢] كما حرَّم الميتة والدم والخنزير لكن حرمة كرامة لصيرورته آمنا عن أفعالنا التي تليق بكونه صيداً غير محرز، فصار (بحال)[٣] لا يقبل تصرفاً (يتقدم به إهانة الأمن الثابت له بحال. لا يقبل التصرف)[٤] في تلك الحالة كالآدمي محترم لعينه لا يقبل تصرفاً كرامة له وكالميتة حرمت إهانة وسقطت القيمة حتى لم تقبل تصرفاً يبتنى على التقويم. ألا ترى أنه لا يجوز بيعه للمحرم ولا شراؤه (للحلال بأمره)[٥]

١ـ وهي قوله عزَّ وجلَّ: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ سورة النساء ١٤١ والمراد من عدم اللزوم هنا عدم التزامنا بالحكم الذي ذهب إليه الشافعي من اشتراط إسلام المشتري لشراء العبد المسلم.

٢ـ سورة المائدة ٩٦. والآية بكاملها: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً واتقوا الله الذي إليه تحشرون﴾

٣ـ غير موجود في نسخة(ب)

٤ـ ما بين القوسين غير موجود في نسخة أ. وفي مكانه: فانعدم تصرفاً "

٥ـ في نسخة (أ) لحلال يأمره.

يرجع لحكم بيع المحرم صيداً إلى مناسك الملا علي القاري ص ٢٤٨. قال فيه: لايجوز بيع المحرم صيداً في الحل والحرم ولا بيع الحلال في الحرم ولا شراؤهما من محرم ولا حلال. فإذا باعه أو ابتاعه فهو باطل سواء كان حياً أو مذبوحاً في الإحرام أو الحرم

فكان ذلك نهياً لمعنى في عينه. وهو أن المحل لم يبق قابلا للتصرف منا لا يليق بكونه صيداً.

وأما قوله النهي للإسلام، فلا كذلك بل الاستذلال إياه[١] فإنه مع إسلامه قابل لتصرفه الذي لا استذلال فيه. ولم يلحق بحر في حقه.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١- أي العبد المسلم

مســـألة

[الخلاف في حكم بيع المدبر

بيع المدبر[١] من هذا الجنس[٢] وأنها مرت في كتاب العتاق[٣]

✪✪✪✪✪✪✪✪

١- المُدَبَّر: هو العبد الذي علق عتقه بعد موت سيده.

المدبر اسم مفعول من دبَّر الرجل عبده تدبيراً: إذا أعتقه بعد موته.

والتَّدْبِير: هو عتق العبد من دبر. وهو أن يعتق بعد موت صاحبه.

يرجع إلى الصحاح: ٦٥٥/٢ ، ولسان العرب: ٢٧٣/٤ ، والمصباح المنير: ١٨٨/١ ، وأنيس الفقهاء: ص١٦٩ ، والتعريفات للجرجاني: ص٥٤

٢- أي من البيوع المنهي عنها

٣- في مسألة قال علماؤنا رحمهم الله: لا يجوز بيع المدبر.... ٢٨٦ ب من نسخة سراي أحمد الثالث

مسـألة

[الخلاف في حكم تفريق الأقارب في البيع]

إذا فرق بين صغيرين أخوين بالبيع[١] أوبين الولد ووالده[٢] كره وجاز.

وقال أبويوسف: لا يجوز في الزيادات

وفي رواية: البيوع لا تجوز.[٣]

لأنه نهى عنه لترك ما ترك لا لبيع ما باع. فإنه لو باعهما جاز. والآخر مما ينفصل عن هذا بيعاً. فإنه لو مات جاز بيع هذا. وكذلك لو لم يملك أصلا.

١ـ كذلك بالهبة والوصية (فتح القدير لابن الهمام: ١٠٨/٦ ، والبحر الرائق: ١٠٠/٦)

٢ـ قصر المؤلف رحمه الله المسألة على الإخوة والولاد. كذلك الحكم عند الحنفية فيمن سواهم من ذوي الرحم المحرم كالأعمام والعمات والأخوال والخالات. ولذا قال في الهداية:(١٠٨/٦) ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما. وكذلك إن كان أحدهما كبيراً. يرجع أيضاً تحفة الفقهاء:(١١٥/٢) ، والكتاب للقدوري:(٣٠/٢) لعله قصر عليهم لورودهم في النص كما يأتي والله أعلم.

وإذا اجتمع مع الصغير عدد من أقربائه من الرحم المحرم في ملك واحد: فقال في تحفة الفقهاء:(١١٦/٢) «ذكر محمد في الزيادات: إذا اجتمع مع الصغير أبواه لم يفرق بينه وبين واحد منهما، وجاز أن يفرق بينه وبين من سواهما معهما. وإذا اجتمعت القربات غير الأب والأم:

فإن كانت من جهات مختلفة كأم الأب وأم الأم والخالة والعمة لم يفرق بينه وبين واحد منهم.

وإن كان من جهة واحدة كالأخوة أو العمات أو الخالات، جاز بيعهم من غير كراهة إلا بيع واحد منهم.

ويجوز بيع البعيد إذا وجد من هو أقرب منه؛ لأن في الجنس الواحد الشفقة من جنس واحد، فيكتفي بواحد. وعند اختلاف الجهات يختلف الشفقة. فلكل نوع شفقة تخالف النوع الآخر فلا بد من اجتماع الكل»

٣ـ قال في الهداية:(١١٢/٦) «وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها.

وعنه: أنه لا يجوز في جميع ذلك»

إلا أن أبايوسف ترك هذا القياس بالنص. وهو ما روي أن زيد بن (حارثة)[١] أتى بسبي. فخرج رسول الله [ﷺ] يتفحص عنهم فرأى امرأة والهة[٢] فسأل عن شأنها.

فقيل له: (إنها)[٣] بيع ولدها.

فأمر النبي ﷺ برد البيع[٤]

وروي أنّه عليه السلام وهب لعلي غلامين صغيرين ثم سأل عنهما. فقال: بعت أحدهما.

فقال له النبي عليه السلام: أدرك.[٥]

١ـ في نسخة (ب)حارث
هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي أبو أسامة مولى رسول الله ﷺ صحابي جليل مشهور. من أول الناس إسلاماً. وما بعثه رسول الله ﷺ في سرية إلا أمره عليهم. واستشهد في غزوة مؤتة. في سنة ثمان وهو ابن خمس وخمسين(تقريب التهذيب: ص٢٢٢ ، والإصابة: ٥٦٣/١)

٢ـ الوالهة: شديدة الحزن. وذاهبة العقل والمتحيرة.
الوله: الحزن الشديد وذهاب العقل لفقدان الحبيب من وَلَهَ يَلِهُ وَلَهاً و وَلَهَاناً وتَوَلَّهَ واتَّلَهَ.
قال في لسان العرب(٥٦١/١٣) : «امرأة ولهى ووالهة وسِيلاَه :شديدة الحزن على ولدها» (الصحاح: ٢٢٥٦/٦ ، ولسان العرب: ٥٦١/١٣)

٣ـ في نسخة ب إنه

٤ـ حديث زيد بن حارثة رضي الله عنه: أخرجه محمد قال: أخبرنا أبوحنيفة قال: حدثنا عبدالله ابن الحسن قال: أقبل زيد بن حارثة رضي الله عنه برقيق من اليمن فاحتاج إلى النفقة ينفق عليهم فباع غلاماً من الرقيق كان معه أمه. فلما قدم على النبي ﷺ تصفح الرقيق فبصر بالأم قال: مالي أرى هذه والهة؟ قال: احتجنا إلى نفقة فبعنا ابناً لها. فأمره أن يرجع فيرده. كتاب الآثار : باب الفرقة بين الأمة وزوجها وولدها(ص ١٦٤)

٥ـ حديث علي رضي الله عنه أخرجه الترمذي في البيوع باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع ٥٨٠/٣ ـ ٥٨١ عن ميمون بن أبي شبيب عن علي قال: (وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما. فقال لي رسول الله ﷺ: ياعلي! ما فعل غلامك؟ فأخبرته فقال: رُدَّه رُدَّه). وقال: هذا حديث حسن غريب. وأخرجه أيضاً ابن ماجة في التجارات باب النهي عن التفريق بين السبي ٧٥٥/٢ والدارقطني في البيوع: ٦٦/٣ . وفي الباب أحاديث كثيرة وطرق متعددة. راجع إلى كل من: سنن أبي داود كتاب الجهاد/باب التفريق بين السبي(٢٩/٤ ـ ٣٠). وسنن الترمذي: كتاب البيوع/باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع: (٥٨٠/٣ =

والجواب عنه: أنه محمول على الندب بدليل ذلك الأصل الذي قلنا في النهي؛ فإنه قول مجمع عليه.

✪✪✪✪✪✪✪✪

= ـ ٥٨١)، وسنن الدراقطني ،كتاب البيوع:(٦٦/٣ ـ ٦٨) ، ومستدرك الحاكم ،كتاب البيوع/باب من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته (٥٤/٢ ـ ٥٥)، وكتاب الجهاد باب النهي عن التفريق بين الأخوين في البيع:(١٢٥/٢) ، ونصب الراية(٢٣/٤ ـ ٢٦)

فصـــــــل

مما اختلف فيه لمالية المحل وعدمها

[الخلاف في حكم بيع لبن المرأة]

قال علماؤنا: بيع لبن بنات آدم باطل/[1] [٣٤٦/ب]

وقال الشافعي: جائز؛ لأنه لبن طاهر فيجوز بيعه قياساً على لبن الشاة.[2]

ولأنه طعام حلال، فيكون مالا كسائر الأطعمة.

وهذا؛ لأنه لما خلق طعاماً لنا وجعل ابتداء النشوء منه علم أنه مال؛ لأن المال اسم لما خلق لإقامة مصالحنا.

ولأن اللبن يستحق بعقد الإجارة تبعاً للعمل في إجارة الظئر[3] فيجوز بيعه مقصوداً قياساً على الحبر في الوراقة والصبغ في الصباغة ونحوها.

وهذا؛ لأن الإجارة نوع بيع. والأعيان أقبل للبيع من الإجارة.

١ـ ولا فرق في ذلك بين لبن الحرة والأمة في ظاهر الرواية.
وروي عن أبي يوسف: أنه يجوز بيع لبن الأمة كما يجوز بيع نفسها والراجح الأول؛ لأن جواز البيع يتبع المالية، ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلا للرق.(الهداية: ٦١/٦ ، وفتح القدير لابن الهمام: ٦١/٦ ، وبدائع الصنائع: ١٤٥/٥ ، والمبسوط: ١٢٥/١٥)

٢ـ قال في الاصطلام:(١٠٨/٢ أ): «بيع لبن الآدميات جائز عندنا. وعنده ـ يعني أبا حنيفة ـ لا يجوز.
ومرجع الخلاف إلى أنه مال أم لا؟ فعندنا: هو مال، وعندهم: ليس بمال.
ثم قال مستدلا: إن المال ما خلق بذلة لمصالح بني آدم واللبن بذلة لأصلح المصالح...»
وللمزيد من المعرفة راجع إليه.
وذكر في روضة الطالبين (٣٥٣/٣)وجهاً آخر حكاه في الحاوي عن الأنماطي: بأنه نجس فلا يصح بيعه. ثم عقبه بقوله: وهو شاذ مردود ... راجع أيضاً كتاب الطهارة منه(١٦/١)

٣ـ الظئر: هي المرضعة غير ولدها.
أصل الظئر: العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل. يقال: ظَاءَرت المرأة: إذا اتخذت ولداً ترضعه(لسان العرب: ٥١٤/٤ ـ ٥١٥)

ولعلمائنا: أن لبن الآدمية ليس بمال فلا يجوز بيعه؛ لأن البيع لا يرد على ماليس بمال بالإجماع.

والدليل على أنه ليس بمال : أنه عين متولد من الآدمي فلا يكون مالا قياساً على شعره وعظمه وولده ودمعه وكل ما يتولد منه.

وهذا؛ لأنه ما يتولد جزءاً من أصل كان في حكم الأصل. فالله تعالى خلق الآدمي مالك الأموال في الأرض وخلق جميع ما في العالم مما يصلح له مالا مملوكاً[١] إلا ما حرمه الشرع لمصلحة الآدمي فيه.

ولما كان الآدمي مالك الأموال، والأموال مملوكة (له)[٢] كان بينهما تضاد. فاستحال على أصل الخلقة أن يكون الآدمي مالا.

وكذلك ما يتولد منه من جنسه. فيستحيل أن يفارقه في حكمه الثابت له أصلا إلا بدليل يختص (به)[٣] مغيراً. لو وجد من الأصل غيره أصلا.

وكذلك من غير جنسه؛ لأن ما يتولد منه وإن كان غيره لم يجعل مبتذلا احتراماً للآدمي في نفسه والمتولدات منه. حتى أن (سرجين)[٤] الدواب ينتفع بها، وغائط الآدمي يدفن ولا ينتفع به.

١ـ قال عزّوجل: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ثم استوى إلى السماء فسواهم سبع سمٰوات وهو بكل شيء عليم﴾ سورة البقرة ٢٩

٢ـ غير موجود في نسخة (أ)

٣ـ غير موجود في نسخة(أ)

٤ـ في نسخة (أ) سرقين: وهي كلمة أعجمية أصلها: سركين بالكاف فعربت إلى الجيم والقاف وهي بمعنى الزبل والروث(المصباح المنير: ٢٧٣/١)

وكذلك الشعر.[١]

ألا ترى كيف ما كان مملوكاً كل جزء تولد من البهيمة المملوكة بمنزلة الأصل.

وكذلك الأضحية في حكمها يجب التصدق به كالصوف والولد.

ولهذا أوجب لبن الآدمي من حرمات النكاح مثل الماء لقيام حكم البعضية فيه على ما مر في كتاب النكاح[٢]

ولا يلزم لبن الأمة[٣] لأن الآدمية في الأصل ليست بمال. وإنما أعطيت حكم المال بالرق. ولا رق في اللبن؛ فلا يعتبر مالا بدون صفة الرق كالأصل.

ودلالة أنه لا رق في اللبن (أن)[٤] يقبل العتاق ألا ترى أن اللبن جماد. والرق والعتق صفتان يختص بهما الأحياء.

ألا ترى أنه لايجوز بيع شعرها مجزوزة؛ لأن حكم الرق ينقطع عنه بالجز لمفارقته بالرق تبعاً للأصل.

ولا يلزم منافع الآدمي؛ لأن المنافع أعراض والأعيان محال قابلة للأعراض،

١ـ راجع أيضاً المبسوط: ١٢٥/١٥

٢ـ راجع ١٥٨ أ من نسخة سراي أحمد الثالث. قال فيه: « ونظير النسب والصهر الرضاع في إيجاب الحرمة لمعنى البعضية أيضاً.
فأصل البعضية بالماء ثم ألحق به السبب المؤدي إليه من نكاح أو وطء في حق الحرمة احتياطاً. ثم ألحق به الرضاع فقال عليه السلام: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) متفق عليه؛ لأنه سبب النشوء. فيصير اللبن بعضاً منه وصفاً، فأشبه البعض أصلا»

٣ـ جواب عن إشكال مقدر، وهو أن يقال: إن الأمة تعتبر مالا يجوز بيعها، ولبنها تابع لها في المالية قبل مزايلته. وينبغي أن يبقى هذا الوصف بعد المزايلة على ما كان قبلها. مع ذلك ذهبتم إلى حرمة لبنها أيضاً كلبن الحرة.

٤ـ في نسخة(أ) أنه

لأنها تتولد من الأعيان. فكانت الأعراض غير العين. خلق العين محلا لها ليقوم بها مصالحة، فكانت أموالا كالأعيان التي غير الآدمي.

ألا ترى أن الحر ليس بمال. ويؤاجر نفسه فيجوز والإجارة ضرب بيع.

فعن الأول:[١] لما كان لبناً طاهراً وجب أن يكون حكمه في المالية حكم أصله قياساً على لبن الشاة، لما ذكرنا أن الفرع لا يفارق الأصل في المالية إلا بمعنى يختص بالفرع.

وعن الثاني[٢]أن اللبن بعينه لم يخلق بذلة للآدمي. ولا جعل طعاماً في نفسه؛ فإنه لا يستعمل إلا في تربية الصبيان. وتربيتهم بعمل الرضاع الذي يستحق بالإجارة. فيكون تربيتهم بعمل الرضاع. واللبن تبع فيه كالحبر في الوراقة. ولهذا استحق بالإجارة قصداً، فلا يدل الاستحقاق تبعاً للعمل على أنه مبتذل بنفسه كالحر يؤاجر نفسه، فيستحق بدنه تبعاً لعمل الإجارة. ولا يدل على أن بدنه مبيع أو مال أو خلق بذلة كالمال. (فلكل)[٣] عضو من الآدمي ضرب منفعة. والثدي عضو ومنفعته الإرضاع. والعقد والابتذال يرد على المنفعة.

والكلام في العين إذا بيع قصداً وباللبن المحلوب قصداً لا يحصل تربية الصبيان (عادة)[٤] ولم يخلق غذاء من هذا الوجه.

١ـ أي الجواب عن قول الشافعي الأول وهو قوله: إن اللبن طاهر فيجوز بيعه قياساً على لبن الشاة.

٢ـ أي عن قوله: إن اللبن طعام حلال فيكون مالا كسائر الأطعمة.

٣ـ في نسخة (ب):"فكل"

٤ـ غير موجود في نسخة(أ) .

ولهذا قلنا : إن عقد النكاح يوجب ضرب ملك. وذلك المملوك في حكم ما ليس بمال بالإجماع؛ لأنه في حكم جزء منها وليس بمنفعة. وما سوى المنفعة من الآدمي لا يكون مالا بدون صفة الرق. وإن ابتذل بالوطء ما استحق منها النكاح؛ لأنه لم يبتذل مقصوداً بل تبعاً لاقتضائها شهوتها به.

وكذلك ابتذل ضرورة أن النسل لا يقوم بدونه ليكون بعضهم من بعض.

فكذلك اللبن لضرورة أنهم لا يتربون إلا به كرامة ليكون نشوءهم بما هو منهم، فلم يدل الإباحة لضرورة الحياة على المالية كإباحة الميتة عند الضرورة.

فإن قيل: حرمة الآدمي لحياته واللبن لا حياة له.

قلنا : الآدمي محترم حياً وميتاً . فإنه بعد الممات لا يحل كسر عظمه والنظر إلى عورته. فكذلك ما يتولد منه.

فإن قيل: أجزاء الآدمي مضمونة بالإتلاف فكذلك اللبن وجب أن يكون كذلك

قلنا : أجزاء الآدمي لا تضمن بالإتلاف بل تضمن ماانتقص من الأصل. ألا ترى أن الجُرح إذا برأ سقط الضمان. وكذلك (السن)[1] إلا ما يستوفى بالوطء. فإنه مضمون وإن لم ينقص شيئاً تغليظاً لباب البضع. ألا ترى أنه[2] يجب وإن أذنت بالاستيفاء إذا لم يجب الحد بخلاف الطرف؛ فإنه لا ضمان فيه مع الإذن.

١ـ أي إذا نبت. في نسخة : (ب)"السرة "

٢ـ أي أن الضمان

وهذا لأن ما يستوفى بالإذن بالوطء (ملحق)[1] حكماً بالنفس في حق الضمان؛ لأنه احترام للماء الذي فيه نفس

ولو أتلف نفساً منها ضمن، وإن لم ينتقص كالجنين سقط بالضربة. ولهذا يضمن مع الإذن بخلاف من جزَّ صوف شاة ثم نبت آخر، لم يسقط عنه ضمان الأول وبإتلاف اللبن لا ينتقص من الأصل شيء فلا يضمن.

☆☆☆☆☆☆

١ـ في نسخة (ب)"ملحقاً"

مســـألة

[الخلاف في حكم الدهن الذي تموت فيه فأرة]

الدهن تموت فيه فأرة جاز بيعه والاستصباح به، لا يحرم إلا الأكل[١]

وقال الشافعي: حرام كله[٢] لما روي في الحديث المعروف عن النبي عليه السلام في الفأرة تموت في السمن:« إن كان جامدا فألقوها[٣] وما حولها، وكلوا البقية. وإن كان ذائبا فألقوه[٤] »[٥] وا لأمـر على الوجوب.

١ـ يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع: ١٤٤/٥ ، وتحفة الفقهاء: ٨٠/١ ـ ٨١

٢ـ يرجع إلى المهذب ٢٦٨/١، وروضة الطالبين ٣٤٩/٣ ذكر في صحة بيعه وجهين ثم قال:« أصحهما: لايصح.»(راجع أيضا إلى مغني المحتاج ١١/٢)

٣ـ أي الفأرة

٤ـ أي السـمن

٥ـ الحديث: أخرجه بهذا اللفظ ـ أي بالتمييز بين الجامد والمائع: أبو داود ـ في الأطعمة/ باب في الفأرة تقع في السـمن (٣٣٨/٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه. قال: قال رسول الله ﷺ: « إذا وقعت الفأرة في السـمن: فإن كان جامدا فألقوها وما حولها، وإن كان مائعا فلا تقربوه ».

وذكره الترمذي معلقا ـ في كتاب الأطعمة / باب ما جاء في الفأرة تموت في السـمن (٢٥٧/٤) وقال:« هو حديث غير محفوظ قال سمعت محمد بن إسماعيل ـ يعني البخاري ـ يقول: وحديث معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ... خطأ أخطأ فيه معمر. قال: والصحيح حديث الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس عن ميمونة.» (راجع أيضا إلى صحيح البخاري ـ كتاب الذبائح والصيد ٢٥٨/١٧).

حديث ابن عباس عن ميمونة أم المؤمنين: عند البخاري في كتاب الوضوء/ باب ما يقع من النجاسات في السـمن والماء (٤٢،٤٠/٣)، وفي كتاب الذبائح والصيد/ باب إذا وقعت الفأرة في السـمن الجامد أو الذائب (٢٥٨/١٧،٢٥٩)، وعند أبي داود ـ في الأطعمة/ باب في الفأرة تقع في السـمن (٣٣٦/٤)، وعند الترميذي ـ في الأطعمة/ باب ما جاء في الفأرة تموت في السـمن (٢٥٦/٤)، وعند النسائي ـ في الفرع والعتيرة/ باب الفأرة تقع في السـمن (١٧٨/٧) ، وعند مالك، الموطأ كتاب الاستئذان باب ما جاء في الفأرة تقع في السـمن (٩٧١/٢)

ولفظ البخاري في كتاب الوضوء: «أن رسول الله ﷺ سئل عن فأرة سقطت في سمن فقال: ألقوها وما حولها فاطرحوه، وكلوا سمنكم» والروايات الأخرى متقاربة الألفاظ.

والظاهر أن السـمن كان جامداً. ولم يذكر في هذه الروايات السـمن المائع. اللهم إلا عند =

والمعنى فيه: أنه مائع نجس فلا يجوز بيعه، ولا الانتفاع به قياساً على الدم. وكذلك الميتة والخمر.

وهذا؛ لأن المائع كله ينجس بالنجاسة التي وقعت فيه، فصار في حكمها. وتلك نجاسة ليست بمال. ولا يجوز بيعها و (لا)[1] الانتفاع بها

ويحتج بما روي عن النبي عليه السلام: (إن الله تعالى إذا حرَّم شيئاً حرَّم بيعه وأكل ثمنه)[2]

ولعلمائنا: ماروي عن النبي عليه السلام ـ في مسألة الفأرة ـ (وإن كان مائعاً فانتفعوا به)[3]. إلا أن الرواية متفقة في الجامد: (فألقوها وما حولها).

= النسائي رواية عن معمر عن الزهري عن عبيد بن عبدالله عن ابن عباس عن ميمونة ورد فيها التمييز بين الجامد والمائع كما في حديث أبي هريرة سنن النسائي:(١٧٨/٧)

١ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ـ الحديث: طرف من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أخرجه قريباً من هذا اللفظ أبو داود في كتاب البيوع باب في ثمن الخمر والميتة(١٢٩/٥). قال: (رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن ، قال: فرفع بصره إلى السماء فضحك، فقال: لعن الله اليهود ثلاثاً إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها. وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه)

وأخرج مسلم عنه في كتاب المساقاة باب تحريم بيع الخمر (١٢٠٦/٣) فقال ابن عباس: (إن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر. فقال له رسول الله ﷺ: هل علمت أن الله قد حرمها؟ قال: لا . فسارَّ إنساناً. فقال له رسول الله ﷺ : بم ساررته؟ فقال: أمرته ببيعها. فقال: إن الذي حرم شربها حرم بيعها. قال: ففتح المزاد حتى ذهب ما فيه.

وفي حرمة بيع الخمر أحاديث كثيرة.(راجع نصب الراية: ٥٤/٤ وكتب الحديث)

٣ـ الرواية: قريباً من هذا اللفظ أخرجه الدارقطني في سننه كتاب الأشربة ٢٩١/٤ عن ابن عمر قال: سئل رسول الله ﷺ عن الفأرة تقع في السمن والودك.

قال: اطرحوا ما حولها إن كان جامداً، وإن كان مائعاً فانتفعوا به ولا تأكلوا.

وعنده رواية أخرى (٢٩٢/٤)عن أبي سعيد بلفظ: (سئل رسول الله ﷺ عن الفأرة تقع في السمن والزيت. قال: استصبحوا به ولا تأكلوه). وروى الثوري عن أبي هارون موقوفاً على أبي سعيد أنه قال في الفأرة تقع في السمن أو الزيت. فقال: استنفعوا به ، ولا تأكلوه. سنن الدارقطني ٢٩٢/٤

فثبت أن الإلقاء واجب. والرواية الثانية ضعيفة؛ لأن الأكل انتفاع، فالتقسيم لا يستقيم لعطف الانتفاع عليه[١]

ويروي مذهبنا عن [ابن] عمر وعلي[٢] في هذه، إنهما أباحا الاستصباح بهذا الدهن ودبغ الأديم. وليست الرواية بمشهورة.

والمعنى فيه: أن الدهن نجس بمجاور فلا يحرم بيعه قياساً على الثوب المملوِ دماً.

وهذا؛ لأنَّ النجاسة لما كانت بمجاور كان الأول في عينه طاهراً. وإنما يتبدل وصفه باتصال النجاسة به بالتجاور كالثوب النجس (فيبقى)[٣] الطاهر بنفسه على ما كان.

وكان (نظيره)[٤] البيع الفاسد لغيره[٥]

فإن قيل: إن الدهن نجس بعدما ألقيت الفأرة، فكيف يكون نجساً بالفأرة؟

قلنا: إنما أخرجت الفأرة بعد المجاورة بجميع الأجزاء بالملاقاة والمجاورة لا تبدل عين الجار بخلاف جلد الميتة؛ لأن النجاسة حكمية بالموت لا بالمجاورة كنجاسة الخمر، ولأنَّ الجلد ما خلق على الحي إلا رطباً برطوبة أصلية. وتلك الرطوبات تنجس بالموت والاتصال بالجلد أصل لا يجمع حادث فيرجح معنى

١ـ سبق أن رأيت استثناء الأكل من ذلك في رواية الدراقطني

٢ـ راجع أيضاً عمدة القاريء(٤١/٣)، قال فيه: «وأما الاستصباح فروي عن علي وابن عمر أنهما أجازا ذلك»

٣ـ في نسخة (ب)"فبقى"

٤ـ في نسخة (أ)"نظير"

٥ـ راجع للبيع الفاسد لغيره ص : ٨٨ و ما بعدها

الاتصال على الانفصال فرد إلى نجاسة أصلية غير مجاورة. وألحق الدبغ بطهارة حكمية كتخلل الخمر وتخمر العصير. فإن الخمر ينجس شرعاً فتتبدل صفة العين عن الطهارة إلى نجاسة أصلا. فللشرع التحليل والتحريم.

فأما فيما نحن فيه: فالنجاسة من قبلنا، وليس إلينا التحريم[١] وإنما يثبت بالجمع بين النجاسة والطهارة.

قلنا: هذه (القدرة)[٢] على أن نفس النجاسة لا تدل على تحريم الأكل والاستعمال للصلاة.

فأما أصل الانتفاع فعلى قدر الدليل. فإنا ننتفع بالسرجين ونبيعه وإنَّه نجس في نفسه، والحرمة فيما ذكرتم[٣] لم تثبت من النجاسة بل بتحريم شرعي. ثم النجاسة تثبت بناء على الحرمة المطلقة لا للاحترام على ما بينا في كتاب الصلاة[٤] وإنه جعل نجاسة العين دليلا على الحرمة في تلك المسائل.

وهذه في معنى نجاسة العين؛ لأن شيئاً من عين النجاسة ليس فيه بل ألقي كله. وإنما يتبدل بالمجاورة صفة الدهن. وتبديل الوصف إلينا كما سيصبح به فيتلاشى.

وقد قال بعض مشايخنا: إن الدهن يغسل بالماء فيطهر؛ لأن النجاسة كانت بالمماسة فتزول بمماسة الماء إياه أيضاً.

١ـ وزاد في نسخة (ب) "والتحليل"
٢ـ في نسخة (أ) "المقدرة"
٣ـ من الدم والميتة والخمر
٤ـ راجع مسألة جلود السباع (١٤ أ من نسخة سراي أحمد الثالث)

فأما الجواب عن الاحتجاج بالخبر[١] أن الأمر خرج على وفاق العادة، فإنه يراق عادة وقل من يمكنه الانتفاع بالدبغ والاستصباح فليس كل إنسان يدبغ. والاستصباح بالسمن أمر متعذر. أو جاء الأمر بالإراقة زجراً لهم عن العادة في تناولهم.

كذلك كما أمر بإراقة الخمور للقياس الصحيح الذي ذكرناه[٢]

وهذه المسألة نظير بيع الربا؛ فإنه فاسد مشروع عندنا وكذلك صوم يوم النحر.

وعنده[٣] غير مشروع؛ لأن الفساد متصل بحيث لا يقبل الفصل[٤] فكذا هذا.

وعن الأخير[٥] أن يقال: إنه كذلك فيما إذا حرم عينه، والعين ههنا حلال.

☆☆☆☆☆☆

١ـ يعني الرواية التي ورد فيها إراقة السمن المائع الذي مات فيها فأرة حيث جاء في الرواية التي ذكرها المؤلف رحمه الله : «وإن كان ذائباً فألقوه»

٢ـ راجع إلى ص : ٢٦٣

٣ـ أي عند الشافعي رحمه الله

٤ـ راجع لأصل الخلاف ص : ٨٦

٥ـ يعني الاحتجاج بما روي عن النبي ﷺ: «إن الله تعالى إذا حرم شيئاً حرم بيعه وأكل ثمنه» راجع ص : ٢٦٣

مســـألة

[الخلاف في حكم بيع الكلاب المعلمة]

الكلب المعلم يجوز بيعه[١] ويضمن مستهلكه.

وقال الشافعي: لايجوز[٢]لما روي أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الكلب.

وقال عليه السلام: (من السحت مهر البغي و(عسيب)[٣] التيس وثمن الكلب)[٤]

١ـ قيد المؤلف رحمه الله جواز بيع الكلب بكونه معلماً، وذلك ليس بشرط في ظاهر مذهب الحنفية. بل يجوز بيع كل كلب معلم وكل كلب يقبل التعليم، وذلك لإمكان الانتفاع به.
قال في العناية (٢٤٥/٦): «بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل.
أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه؛ لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع؛ لأنه منتفع به حقيقة، وشرعاً فيكون مالا.
وأما غير المعلم؛ فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد. فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به "
وعن أبي يوسف: أن بيع الكلب العقور: أي الجارح لا يجوز؛ لأنه غير منتفع به، ولنهيه ﷺ عن إمساكه.
(يرجع للمسألة: الهداية: ٢٤٥/٦ ـ ٢٤٨ ، وفتح القدير لابن الهمام: ٢٤٥/٦ ـ ٢٤٧ ، والبحر الرائق: ١٧٢/٦ ، واللباب في شرح الكتاب: ٤٦/٢)

٢ـ الأم: ١١/٣ ، ١٢ ، ١٣: قال رحمه الله فيه: «لا يحل للكلب ثمن بحال وإذا لم يحل ثمنه لم يحل أن يتخذه إلا صاحب صيد أو حرث أو ماشية، وإلا لم يحل له أن يتخذه، ولم يكن له إن قتله أحد ثمن إنما يكون الثمن فيما قتل مما يملك إذا كان يحل أن يكون له في الحياة ثمن يشترى به ويباع» (راجع أيضاً الاصطلام: ١٠٩/٢ أ والمهذب: ٢٦٨/١ ، وروضة الطالبين: ٣٤٨/٣)

٣ـ في نسخة (ب) :'عشب" وهو خطأ ظاهر.
عسب التيس: أي ضرابه ويقال ماؤه. وعسب الفحل أيضاً: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، وهو منهي عنه (الصحاح: ١٨١/١ ، ولسان العرب: ٥٩٩/٢)

٤ـ الحديث: لم أجده بهذا اللفظ إلا أن النهي عن ثمن الكلب ورد في أحاديث كثيرة.
منها: حديث أبي مسعود الأنصاري المتفق عليه. أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن.
الحديث عند البخاري في كتاب البيوع باب ثمن الكلب ٤٤/١٠ ، وعند مسلم: في المساقاة باب تحريم ثمن الكلب.(١١٩٨/٣.)
وحديث رافع بن خديج عند مسلم كتاب المساقاة باب تحريم ثمن الكلب.. ١١٩٩/٣. قال =

ولأنه حيوان نجس سؤره فيحرم بيعه كالخنزير وعكسه الفرس.

وهذا لما مرَّ في كتاب الصلاة[١] إن نجاسة السؤر دليل على نجاسة العين فيصير كالخنزير و(كالميتة)[٢] والدم والخمر .

ولهذا لا يجوز بيع السرجين؛ لأن عينه نجس.

والنجس شرعاً اسم لما يجب الاجتناب عنه. وانتفاع الناس بالسرجين لا يدل نقض ما قلناه؛ لأن السرجين لا ينتفع بعينها بل تلقى في الأرض فتستهلك بالأرض وتقوى الأرض به فيكون المنفعة بالأرض. وإنما هو كالخمر تخلل، فلا يدل على مالية الخمر؛ لأنَّ التخليل استهلاك للخمرية لا انتفاع بالخمر.

ولأنه لا يجوز بيعه جاهلا فكذا عالماً كالخنزير وعكسه الفهد والبازي، وهذا لأن الملك يثبت بالإحراز لا بالعلم.

ولنا: ما روي عن النبي ﷺ: ((أنه رخص في ثمن كلب الصيد))[٣]

= سمعت النبي ﷺ يقول: (شر الكسب مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام).
وفي رواية أخرى عند مسلم أيضاً ١١٩٩/٣ (ثمن الكلب خبيث ومهر البغي وكسب الحجام خبيث).
وأخرج ابن حبان في صحيحه (نصب الراية: ٥٢/٤) عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: (إن مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت).
وأخرج الطحاوي في معاني الآثار كتاب البيوع باب ثمن الكلب: ٥٢/٤ عن أبي مسعود أن النبي ﷺ قال: (ثلاث هنَّ من السحت) ثمَّ ذكر (ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن).
وليس في هذه الروايات (عسيب التيس) وقد أخرج ابن ماجه في التجارات باب النهي عن ثمن الكلب: ٧٣١/٢، والنسائي في البيوع باب بيع ضراب الجمل /٣١١ عن أبي هريرة قال: (نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل)

١ـ راجع إلى مسائل الأسآر ١٢ أ وما بعدها من نسخة سراي أحمد الثالث
٢ـ في نسخة(ب)"الميتة"
٣ـ رواه أبو حنيفة عن هاشم عن ابن عباس، وعن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما (عقود الجواهر المنيفة: ٣٧/٢) .

وعن ابن عباس[١] عن النبي ﷺ : (أنه نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية)[٢]

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص[٣] : أن النبي عليه السلام قضى في ثمن (النمر)[٤] بأربعين درهماً[٥]

وعن عثمان بن عفان[٦] أنه قضى في إتلاف كلب بعشرين درهماً. وكان يطلب من صاحبه بأربعين بعيراً[٧]

= وذكر الزيلعي في نصب الراية: ٥٣/٤ روايته عن الهيثم فقال: «هذا سند جيد، فإن الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين»

١ـ هو عبد الله بن عباس بن عبدالمطلب بن هاشم بن عبدمناف أبوالعباس القرشي الهاشمي ابن عم رسول الله ﷺ ويسمى حبر هذه الأمة، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين وبنو هاشم بالشعب. وأنه كان له عند موت رسول الله ﷺ ثلاث عشرة سنة. قال في الاستيعاب: ٣٥٢/٣ : «روي عن النبي ﷺ من وجوه أنه قال لعبدالله بن عباس : «اللهم علمه الحكمة وتأويل القرآن». وفي بعض الروايات: «اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل». وفي حديث آخر «اللهم بارك فيه وانشر منه واجعله من عبادك الصالحين». وفي حديث آخر «اللهم زده علماً وفقهاً» وهي كلها أحاديث صحاح »

وكان عمر رضي الله عنه يحبه ويدنيه ويقربه ويشاوره مع أجلة الصحابة توفي عبدالله بن عباس رضي الله عنه بالطائف سنة ٦٨هـ على الأصح. (الاستيعاب: ٣٥٢/٣ ، والإصابة: ٣٣٠/٣)

٢ـ وقعت هذه الرواية في الهداية: ٣٤٣/٦ أيضاً فقال ابن الهمام رحمه الله: وهو غريب بهذا اللفظ ونحوه في نصب الراية: ٥٣/٤ وقال الزبيدي في عقود الجواهر المنيفة: ٤١/٢ بعد ذكر الرواية. وهذا اللفظ غير موجود في كتب الحديث، وإنما جاء ذكره في أحاديث الاقتناء، وذلك كحديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان» أخرجه مسلم في المساقاة / باب الأمر بقتل الكلاب..(١٢٠١/٣ ، ١٢٠٢)

٣ـ سبقت ترجمته في ص... ١٣١

٤ـ في نسخة ب التمر

٥ـ أخرج الطحاوي في معاني الآثار كتاب البيوع /باب ثمن الكلب ٥٨/٤ موقوفاً على عبدالله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كلب ماشية بكبش.

٦ـ سبقت ترجمته في ص : ٢٢٠

٧ـ عقود الجواهر: ٤٠/٢

فدل أن بيعه جائز وإتلافه مضمون، وكان أمراً ظاهراً بين الصحابة.

والمعنى فيه أن الكلب آلة الاصطياد فيجوز بيعها كالبازي والفهد و(الصقر)[١]

وهذا؛ لأن محل البيع مال متقوم. وكذلك المضمون بالغصب والكلب مال متقوم مثل الفهد؛ لأن المال اسم لما يقع عليه ملك اليمين بالاستيلاء. وهو الذي خلق لمصالح الآدمي مما في البر والبحر، لأن الله تعالى يقول: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾[٢]. أضاف إلينا بلام التمليك. فدل أنها في الأصل خلقت مملوكة لبني آدم فصار الآدمي مالك المال في الأصل، وصار المال اسماً لغير الآدمي مما يصلح لمصالح الآدمي، والملك يثبت بالإحراز والقيمة بالتمول. فإن الصيد قبل الإحراز لا يكون مملوكاً. وما لا يتمول من الأملاك كحبة حنطة وشربة ماء من المياه وكف تراب لا يتقوم؛ لأنّه لا يتمول.

ولأن الكلب يورث ويوصي به فيصح[٣] وغير الكلب لا يورث ولا يصح به الوصية.

وكذلك الخمر لا يتقوم؛ لأن الشرع نهانا عن تمولها، ففسد التمول شرعاً. وانعدم حكماً ـ وإن وجد حقيقة ـ من المسلمين.

١ـ في نسخة (ب) السبر
٢ـ سورة البقرة ٢٩
٣ـ أي فيصح بيعه

وإذا ثبت هذا والكلب غيرنا[١] فكان مالا ومُلِكَ بالإحراز، ثم تمول تمولا صحيحاً؛ لأن الشرع أباح الانتفاع به لما جعله آلة الاصطياد. فصح التمول بإباحة الشرع فثبت حكمه، وهو القيمة.

وقولنا: آلة الاصطياد دلَّ على هذه المعاني ؛ لأن آلة الصيد غير الصائد. والآدمي صائد. ودلَّ على إباحة المنفعة.

فإن قيل: الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا بعينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالإجارة، ولا يدل على أن عينه مال.

قلنا: إنَّ الانتفاع بالمنفعة يقع من الكلب تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة. ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث، فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب وجميع ما يؤكل عينه ولا يتلف بالانتفاع إلا منافعه.

دلَّ عليه: إنا ما جعلنا الانتفاع دلالة على المالية، وإنه غير الآدمي يصلح لمصالح الآدمي. وإنما جعلنا الانتفاع به دليلا على أنه غير محرم العين. وإن ما حرم عينه لم يجز الانتفاع به كالخمر والخنزير و(نحوهما)[٢] وهذه الأموال المخلوقة لنا لا تبطل قيمتها مع قيام التمول إلا بتحريم الشرع وإذا أبيح التمول لضرب منفعة صحَّ التمول وثبت حكمه وهو القيمة.

فإن قيل: شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة ولا يجوز بيعها.

قلنا: إنَّ الخنزير محرم العين شرعاً لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه. فثبتت

١ـ أي غير الآدمي
٢ـ في نسخة (أ) "نحوها"

الحرمة في كل جزء منه من الشعر والعظم وكل شيء. وسقطت القيمة.

ثم الإباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة (من)[١] أصله فيما عدا الضرورة كإباحة الميتة / حال الضرورة لا يدل على صحة التمول وجواز البيع [٣٤٧/ب]

فأما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق ثم إباحة لضرورة ليبقى وراءها على التحريم بل حرم أكلها لاغير.

وكذلك النجاسة مع قيام الانتفاع به شرعاً لا يدل على سقوط المالية بل أثرها في تحريم الأكل والصلاة معها.

فإن قيل: روى عن النبي عليه السلام: أنَّه أمر بقتل الكلاب[٢] حتى حرم فصار تحريماً بكل وجه.

قلنا: لم يثبت أن النبي عليه السلام حرم في وقت الاصطياد بالكلب أو حفظ المواشي. وإنما جاءت الرخصة في القتل؛ لأنَّ النبي عليه السلام حين حرمها والناس ألف بالكلاب أمر بالقتل تغليظاً وحرم البيع تغليظاً لينزجر النَّاس عن إلف الكلاب لا لأنها محرمة العين.

كما أنه عليه السلام لما حرم الخمر حرم الشرب في ظروفها تغليظاً (لا)[٣]

١ـ في نسخة أ: عن

٢ـ جاءت في ذلك عدّة روايات. منها ما أخرجه مسلم رحمه الله في كتاب المساقاة/باب الأمر بقتل الكلاب (١٢٠٠/٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب. فأرسل في أقطار المدينة أن تقتل».

٣ـ غير موجودة في نسخة (ب)

لأن الظروف محرمة كالخمر[١] فلما ترك النَّاس الإلف بالكلاب سقط ما ثبت تغليظاً للمنع من العادة.

ولهذا جوزنا بيع السرجين؛ لأنه مال متقوم؛ لأنه غير الآدمي خلق لمصالح يعود إليه. والناس يتمولونه ويضنون به. والشرع لم يحرمه. بل أباح الإلقاء في الأرض بالإجماع. ولو صار حرام العين لما جاز كما لا يجوز إلقاء الخمر في دواء، وإن كان يصير مستهلكاً به. ألا ترى أنه ينتفع بالسرجين وعينه قائم بعد لم تتلف بخلاف تخليل الخمر.

فإن التخليل إذهاب للخمرية. وإنه اسم لحال الشدَّة من ماء العنب بالتخليل. والسرجين اسم لعين. و(إنه)[٢] لا يتلاشى بالإلقاء في الأرض إلا بعد أزمنة مديدة. ألا

١ـ كما جاء في حديث متفق عليه عن علي رضي الله عنه قال: ((نهى رسول الله ﷺ عن الدباء والمزفت.))
وفي رواية مسلم: ((نهى رسول الله ﷺ أن ينتبذ في الدباءوالمزفت))
الحديث عند البخاري في كتاب الأشربة باب ترخيص النبي ﷺ في الأوعية والظروف بعد النهي(٣٠٥/١٧)وعند مسلم في كتاب الأشربة باب النهي عن الأنبياء في المزفت والدباء والحنتم والنقير(١٥٧٨/٣.)
والدُّبَّاء: هو القرع . والمزفَّت: وهو الإناء، المزفت بالزفت. وهو شيء كالنقير.(عمدة القاريء: ٢٩٥/١٧ .)
وجاء في حديث عائشة رضي الله عنها وحديث ابن عباس رضي الله عنهما عند مسلم كتاب الأشربة باب النهي عن الانتباذ ١٥٧٥/٣ (نهى رسول الله ﷺ عن الدباء والحنتم والنقير والمزفت).
الحنتم: هي جرار خضر مدهونة كانت تحمل الخمر فيها إلى المدينة ثم اتسع فيها فقيل للخزف كله حنتم واحدتها حنتمة.(عمدة القاريء: ٣٠٥/١٧.)
والنقير: إناء من خشبة تنقر وينبذ فيها (المصباح المنير: ٦٢١/٢)
وفي الباب حديث عائشة رضي الله عنها وحديث ابن عباس رضي الله عنهما . راجع صحيح مسلم كتاب الأشربة/ باب النهي عن الانتباذ....(١٥٧٩/٣)

٢ـ غير موجود في نسخة(أ)

ترى أنَّه لا يجوز الانتفاع كذلك بسرجين الآدمي لما كان محرماً كالآدمي.

فإن قيل: الانتفاع بالكلب إنما جاز للضرورة؛ لأن حراسة الماشية لا تحصل بغير الكلب. وكذلك غير الكلب لا يصيد مثله. فإنه يتحمل تعباً شديداً في اتباع الصيد إلى أن يأخذه.

قلنا: إنما يقال الإباحة للضرورة إذا ثبت تحريم مطلق ولم يثبت[١] إلا في الأكل على ما قلنا. فلا يضاف الانتفاع بدون الأكل إلى الضرورة بل إلى الإباحة الأصلية.

والجواب عن الاحتجاج بالأخبار[٢] أن المراد بها[٣] غير المعلم (أو)[٤] كان (ابتداء)[٥] الأمر تغليظاً ليترك النَّاس عادتهم في إلف الكلاب كما روي مثله في الخمر بدليل ما روينا[٦]

والجواب عن المعنى:[٧] أن الكلب عندنا ليس بنجس العين على ما مرَّ في كتاب الصلاة[٨] أنه يجوز الانتفاع بجلده على أن النجاسة لا تحرم إلا الصلاة معها والأكل. إنما (تحريم)[٩] العين يدل على كل حرمة.

١ـ أي التحريم المطلق في الكلب
٢ـ التي وردت في النهي عن ثمن الكلب
٣ـ بالكلاب
٤ـ في نسخة (ب) «و»
٥ـ في نسخة أ الابتداء
٦ـ يعني الأحاديث والآثار التي تستثني كلاب الصيد والماشية وتفيد تمولها (راجع ص: ٢٦٨ـ٢٦٩)
٧ـ أي عن قوله: إن الكلب حيوان نجس سؤره فيحرم بيعه كالخنزير. وإن نجاسة السؤر دليل على نجاسة العين فيصير كالخنزير وكالميتة والدم والخمر.
٨ـ في مسائل الأسآر ١٢/أ وما بعدها من نسخة سراي أحمد الثالث
٩ـ في نسخة (ب) «يُحرم»

وعن الأخير[١] إنما لا يجوز بيع الجاهل؛ لأنه مهان (لا يتمول)[٢] من الكلاب فصار كحبة حنطة ونحوها.

☆☆☆☆☆☆☆

١ـ وهو قوله: ولأنَّ الكلب لا يجوز بيعه جاهلا فكذا عالماً كالخنزير؛ لأن الملك يثبت بالاحراز لا بالعلم راجع إلى ص : ٢٦٨

٢ـ غير موجود في نسخة(أ)

مســـألة

[الخلاف في حكم خمر الذمي]

خمر الذمي[١] مال متقوم عندنا . يضمن المسلم إذا استهلكها ويجوز بيعها بينهم .

وقال الشافعي : ليس بمال ولا يجوز بيعها : [٢] لأنها ليست بمال متقوم في حق المسلمين بحكم الإسلام ، فكذلك في حقهم . [٣] لأنا أمرنا بأن نحكم بينهم بما أنزل الله تعالى . [٤] ولأن حقوقهم مثل حقوقنا أو دونه . والخمر لايتقوم حقًا لنا ، فكذلك حقًا لهم قياسًا على الجيف والدماء . وعكسه سائر الأموال . إلا أنا لانتعرض على عبادة النار . [٥] إلا أنا نقول : أهل الذمة يتموَّلون الخمور . وكان

١- الذمي من كان له عهد .
وهو مأخوذ من الذِّمَّةِ : وهي العهد ، لأن نقضه يوجب الذم .
وأهل الذمة : أهل العهد. وهم الذين يؤدون الجزية من الكفار وأومنوا على أموالهم ودمائهم .
(الصحاح ١٩٢٦/٥، ولسان العرب ٢٢١/١٢، وأنيس الفقهاء ص/١٨٢) (راجع المسألة المبسوط ١٣/١٣٧)

٢- يرجع إلى الاصطلام ١٥٥/٢أ ، والمهذب ٢٦٨/١ ومغنى المحتاج ١١/٢

٣- أي في حق أهل الذمة .

٤- قال عز وجل في سورة المائدة (الآية : ٤٨ - ٤٩) : ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقًا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنًا عليه . فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجًا . ولو شاء الله لجعلكم أمةً واحدةً ولكن ليبلوكم فيما آتاكم فاستبقوا الخيرات . إلى الله مرجعكم جميعًا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون . وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ماأنزل الله إليك . فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم . وإن كثيرًا من الناس لفاسقون .﴾

٥- يعني المجوس الذين يثبتون أصلين اثنين : أحدهما : النور والآخر الظلمة وزعموا أنهما مدبران قديمان يقتسمان الخير والشر والنفع والضر والصلاح والفساد . قال في الملل والنحل (٢٣٢/١)
ومسائل المجوس كلها تدور على قاعدتين اثنتين :
إحدهما : بيان سبب امتزاج النور بالظلمة
والثانية : بيان سبب خلاص النور من الظلمة.
وجعلوا الامتزاج مبدأ والخلاص معادًا . ولذا يعبدون النار (يرجع إلى الملل والنحل ٢٣٠/١ - ٢٣٣)

التموّل موجبًا تقويمها قبل تحريم الشرع بلا خلاف ، فكذلك بعد التحريم قبل البلوغ ، لأن الحكم الثابت لايرتفع بنفس الخطاب حتى يبلغ الناس . وإنه لم يبلغهم وإن سمعوا ، لأنهم يكذبون ويتقولون : إن المبلغ لم يكن رسولاً .

وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون به إلا ما استثنى عليهم في عهودهم . وهذا مما لم يستثن . فإذا أنكروا ولم يكن لنا أن نلزمهم بالحجة شاؤا أو أبوا . وبالسلطنة لم يثبت البلاغ فيبقون على أول الحكم كالمسلمين في ابتداء الأمر ، ماكان يلزمهم حكم الناسخ حتى يبلغهم . ألا ترى أن أهل قباء[1]كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعدما حولت القبلة . فلما بلغهم الخبر استداروا إلى الكعبة . وصوّبهم رسول الله ﷺ [2]

وكذلك الصحابة شربوا الخمر بعد نزول التحريم قبل بلوغهم . فأنزل الله : ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ماتقوا . وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا...الآية﴾ . [3] وإذا كان كذلك صار هذا منا حكمًا فيهم بما أنزل الله وهو بقاء حكم المنسوخ حال عدم بلوغ الناسخ.

وقد ذكرنا المسألة على الاستقصاء في النكاح ، [4] فإنه جائز منهم [5]

١- قُبَاء : موضع بقرب مدينة النبي ﷺ من جهة الجنوب
وهو بضم القاف يُقصر ويُمد ويصرف ولا يصرف (المصباح المنير٢ / ٤٨٩)

٢- جاء في حديث متفق عليه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : «بينما الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آتٍ فقال : إن رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآن . وقد أمر أن يستقبل الكعبة ، فاستقبلوها وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة .»
والحديث عند البخاري في الصلاة / باب ماجاء في القبلة ...٣/٤٠٠
وعند مسلم - في المساجد / باب تحويل القبلة من القدس إلى الكعبة ٣٧٥/١

٣- سورة المائدة -٩٣

٤- راجع فصل فيما يتغير من الأحكام بالكفر . (١٦٩ ب وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)

٥- الضمير يعود إلى الذميين

الجمع بين الأختين والخمس وبغير شهود على مابينا ، كان الشرع المحرم لم يرد بعد . وكذلك ذكرناها في كتاب السير [١] على مامر .

وأما ذبائح المجوسي فمال متقوم كالخمر ، وإن لم يكن مالاً في حقنا ، فإنهم يتمولون كذلك والخطاب المحرم لم يبلغهم .

وهذا بخلاف ما إذا أسلم عليه ، فإنه لايبقى مالاً . وإن لم يبلغه الخطاب ، لأنه لما أسلم فقد صدق الرسول بما أتى به . وهذا الخطاب مما أتى به والدار كانت دار الإسلام لايخفى عليه هذا الخطاب لو طلبه . فلما جهل بالقصور في الطلب (فلم يعذر) [٢] وصار في حكم من بلغه .

وأما متروك التسمية عمدًا فميتة عندنا وليست بمال .

وعند الشافعي : مال يجوز بيعه .

[٣] والمسألة مرت في كتاب الصيد [٤]

ونحن لم نعتبر ديانة أصحاب الشافعي ، لأنا أمرنا أن نحاجّهم بدليلنا ونلزم حكم الدليل .

والسكر [٥] عند أبي حنيفة يجوز بيعها .

وقال صاحباه : لايجوز بيعها وليست بمال[٦]

١- راجع (اللوحة ٥٦٤أ من نسخة سراى أحمد الثالث)

٢- في نسخة (أ) : «فلم يقدر»

٣- أن التسمية ليست بشرط عند الشافعية بل هي مستحبة (راجع للمزيد من المعرفة إلى المهذب ٢٥٩/١ ، وكفاية الأخيار ٤٥٥/٢ - ٤٥٦)

٤- راجع إلى فصل الذبح (٥٥٣ ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

٥- السُّكر : بفتحتين . هو اسم للنيّء من ماء الرطب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الإختلاف
وهو مصدر من سَكِرَ من الشراب سُكْرًا وسَكْرًا وهو سَكْرَان وهي سَكْرَى
(المصباح المنير ٢٨١/١ ، والمغرب ٤٠٤/١ والتعريفات ص ١٢١ ، وبدائع الصنائع ١١٢/٥)

٦- يرجع إلى بدائع الصنائع ١١٥/٥ ، قال فيه : «ويجوز بيعها عند أبي حنيفة مع الكراهة . وعند أبي يوسف ومحمد لايجوز أصلاً...»

والمسألة مرت في كتاب الأشربة.[١] فصار ثبوت الربا بطريقتين :

أحدهما : عدم المالية في البدلين أو أحدهما . أو عدم مقابلة المال في بعض البدل كما في مسائل ربا الفضل هذه طريقة .

والثاني : أن يقارن العقد مايمنع التسلم ، لأن تمامه بالتسليم . وبدونه يبطل ، لأن اليد مقصودة في ملك اليمين كملك الرقبة.

☆☆☆☆☆☆☆

١- راجع إلى اللوحة ٥٨٧ ٢ (من نسخة سراى أحمد الثالث)

فصـــل اختلف فيه لنقصان الملك

[الخلاف في حكم بيع العقار قبل القبض]

قال أبو حنيفة: يجوز بيع العقار[١] للمشتري قبل القبض وهو آخر قول أبي يوسف[٢]

وقال محمد والشافعي:[٣] لا يجوز،[٤] لأنَّ النبي عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن وبيع ما لم يقبض[٥] ومطلق النهي يدل على الفساد (على)[٦] ما عرف في أصول الفقه.

ولأن/ البيع قبل القبض يؤدي إلى ربح ما لم يضمن [٣٤٨/ب]

والمعنى فيه : إنه مبيع فيكون قبضه شرطًا لصحة بيعه قياسًا على المنقول وعلى السلم . وهذا : لأن اليد شرط لصحة البيع . ألا ترى أنه لايجوز بيع الآبق [٧] لانقطاع يده حسًا . والمشتري إنما يثبت له اليد بالتسليم (إليه) . [٨] ولأن المبيع قبل القبض يعرض انفساخ الملك فيه بتعذر التسليم نحو أن يغرق الأرض أو يغصبها غاصب فيثبت للمشتري حق الفسخ . ولأن الملك هو المطلق للتصرف على نفسه ، ولا شك فيه .

والملك المستفاد بسببٍ إنما يتم بعد تمام (السبب) [٩] وتمام السبب

١- العقار: كل ملك ثابت له أصل وقرار مثل الأرض والدار. (الصحاح ٧٥٤/٢ ، والمصباح المنير: ٤٢١/٢ ، والتعريفات للجرجاني: ص١٥٣)

٢- يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع ١٨١/٥ ، وفتح القدير لابن الهمام: ١٣٧/٦ ، واللباب في شرح الكتاب ٣٥/٢ والبحر الرائق ١١٦/٦

٣- وهو قول زفر أيضاً بدائع الصنائع: ١٨١/٥

٤- يرجع إلى المراجع السابقة. والمهذب: ٢٦٩/١

٥- سبق ذكر الحديث وتخريجه في ص : ٢١٧

٦- في نسخة (ب) : «وعلى»

٧- سبق معنى الإباق والآبق في ص : ٢١٧

٨- غير موجود في نسخة «ا»

٩- في نسخة ب : «السببية»

بالقبض على مامر [١] إن له مشابه بالعقد .

ولهما : العمومات المبيحة [٢] من غير شرط القبض.

والمعنى في المسألة : أن المطلق للتصرف هو الملك لقيام الحجر عليه في ملك الغير (تبعيدًا) [٣] إلا بإذن . فيحتاج إلى معرفة حد الملك المطلق للتصرف.

فنقول : (إن) [٤] الملك في العقار قبل القبض بمنزلة الملك في المنقول بعد القبض وبمنزلة الملك في الثمن قبل القبض وبمنزلة الملك في المهر قبل القبض. ثم الملك في المهر والثمن قبل (القبض) [٥] مطلق للتصرف في الجملة من غير اشتراط يد : كذا هذا.

وإنما قلنا : (إن الملك في العقار قبل القبض) [٦] بمنزلة ملك المنقول بعده . (لأن) [٧] عقد المعاوضة يوجب الملك بنفسه دون القبض . وإنما القبض شرط لنقل الضمان لا غير . وجواز التصرف لايتعلق بالملك المضمون . فإنه يجوز في الهبة والصدقة ولا ضمان . وكذلك في المهر قبل القبض .

إلا أن الشرع شرط القبض في المنقول : لأن في الملك المطلق للتصرف

١- راجع إلى ص : ٨٦

٢- كقوله عز وجل في سورة البقرة - الآية : ٢٧٥ ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ وفي سورة النساء - الآية : ٢٩ ﴿يآيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . ولا تقتلوا أنفسكم . إن الله كان بكم رحيمًا .﴾

قال الكساني في البدائع (١٨١/٥) : «ولهما - يعني أبا حنيفة وأبا يوسف -: عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا . أو نحمله على المنقول توفيقا بين الدلائل صيانة لهما عن التناقض .

ولأن الأصل في ركن البيع إذا صدر من الأهل في المحل هو الصحة . والإمتناع لعارض الغرر. وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه . ولا يتوهم هلاك العقار. فلا يتقرر الغرر ، فبقي بيعه على حكم الأصل .»

٣- في نسخة ب : «تنفيذًا»

٤- غير موجود في نسخة «أ»

٥- غير موجود في نسخة «ب»

٦- في نسخة ب : «إن الملك قبل القبض في العقار قبل القبض»

٧- في نسخة ١ : «ان»

غررًا يمكن الإحراز عنه . وهو أنه يعرض الإنتقاض بالهلاك . فإنه متى هلك انتقض البيع . [١] والغرر مفسد للبيع . فإن النبي عليه السلام «نهى عن بيع الغرر»[٢] فاعتبر مفسدًا لما أمكن الإحتراز عنه. وبعد القبض لايبقى إلا غرر. تبين عدم الملك بالإستحقاق. وإنه لايمكن الإحتراز عنه. فسقط اعتباره.

والعقار قبل القبض لاغرر في ملك المشتري إياه إلا من حيث الإستحقاق: لأنه مما[لا] يرد عليه التوى. [٣] فإنه وإن صار بحرًا بقى أصله وبقي الملك إلا أن للمشتري خيار الرد بالتعيب كما بعد القبض.

ألا ترى أنا جوزنا التصرف في المهر قبل القبض لما كان الملك فيه بحيث

١- قال في بدائع الصنائع (١٨١/٥) : «والأصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض. لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والأجرة وبدل الصلح إذا كان منقولا معيناً.
وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض، يجوز التصرف فيه كالمهرة وبدل الخلع وبدل العتق وبدل الصلح عن دم العمد.
وفقه هذا الأصل ما ذكرنا: أن الأصل هو الصحة في التصرف الصادر من الأهل المضاف إلى المحل. والفساد بعارض غرر الانفساخ. ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات؛ لأنها لا تحتمل الفسخ. فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالأصل .»

٢- النهي عن بيع الغرر أصل من أصول كتاب البيوع. تدخل فيها عدة مسائل كبيع الملامسة والمنابذة وبيع حبل الحبلة وبيع الحصاة وبيع الطير في السماء، وبيع الأسماك في الماء. وبيع المعدوم والمجهول، وما أشبه ذلك. وجاءت في كثير من هذه البيوع نصوص خاصة تنهى عن هذه البيوع لكونها من مشاهير بيوع الجاهلية. وورد أيضاً أحاديث في النهي عن بيع الغرر بمعنى العام.
منها: حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وبيع الحصاة.»
أخرجه مسلم - في البيوع باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر. (١١٥٣/٣)
وأبوداود في البيوع / باب في بيع الغرر ٤٥/٥ .
والترمذي في البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع الغرر ٥٣٦/٣.
والنسائي - في البيوع / باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧)
وابن ماجة - في التجارات / باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٧٣٩/٢)

٣- التَّوَى: الهلاك. قال في الصحاح (٢٢٩٠/٦) : «التوى: مقصور - هلاك المال.
يقال تَوِى المالُ - بالكسر - يَتْوَى تَوًى. وأتواه غيره وهذا مال تَوٍ على فَعِلٍ.» (يرجع أيضًا إلى لسان العرب ١٠٦/١٤)
وهو مكتوب في النسخ «التوا»

لاينتقض بالهلاك.

وكذلك الثمن على أصول الجميع، يجوز الإستبدال به قبل القبض: لأن التوى لايتصور لما في الذمة.

واختلف مشايخ الشافعي في المهر إذا هلك قبل التسليم فقال بعضهم: يبطل أصلاً ويجب مهر المثل.

وقال بعضهم: يضمن القيمة. [١] وقالوا: يجوز التصرف فيه قبل القبض إذا كان الهلاك مضمونًا بالقيمة: لأن هذا الحكم يدل على أن الملك فيه لاينفسخ فيصير اتفاقًا على أن الفساد ليس لعدم القبض نفسه بل لمعنى فيه. وهو انفساخ الملك وغرر أن لا ملك. وإذا ثبت هذا في المهر ثبت في غيره استدلالاً به.

فإن قيل ههنا: لو تصور الهلاك لانفسخ الملك فلم يشبه المهر والمنقول بعد القبض.

قلنا: المطلق هو الملك. وقيامه مع تصور الهلاك وقيامه مع عدم تصور الهلاك واحد، لأن العلة هي البقاء. وإنه ثابت في الحالين.

وهذا إشكال المسألة. وسرها دل عليه أن العتاق صحيح قبل القبض: لأنه لايبطل بالغرر.

والجواب عن النهي:[٢] أنه عام ثبت خصوصه في المهر قبل القبض. فيجوز تخصيصه بالقياس الذي قلناه[٣]

وعن الربح:[٤] أن الأداء إلى ربح ما لم يضمن لا يفسد البيع كما في المهر. وكذلك الاستبدال بالثمن جائز. والربح حلال قبل القبض والضمان. فثبت أنه لا

١- الأول هو القول الجديد عند الشافعي وأما الثاني فهو القول القديم. (يرجع للمزيد من المعرفة إلى المهذب ٥٨/٢)

٢- أي الجواب عن النهي عن بيع ما لم يقبض

٣- راجع إلى ص : ٢٨١-٢٨٢

٤- أي الجواب عن النهي عن ربح ما لم يضمن

يحرم وإن كا يؤدي إلى ربح ما لم يضمن.

وعن النظر:[١] إنه لا تأثير لكونه مبيعاً بل العبرة للملك على الإطلاق وللغرر في الإفساد.

فأما السلم فمبيع، والتعيين شرط لجواز البيع في جانب المبيع. والسلم دين. وإنما جوزنا بيعه سلماً بخلاف القياس رخصة، فلا يجوز غير السلم.

وكما قيل فيمن اشترى كر حنطة وقبض بغير كيل، إنه لا يجوز بيعه، وإن قبض؛ لأن المعقود عليه قدره، ولا يتعين إلا بالكيل، فلم يجز لعدم تعيين القدر. والسلم (ذاته)[٢] غير متعين فأولى أن لا يجوز.

وتعليلنا لبيان أن الملك في العقار قبل القبض بمنزلة ما بعده لا لبيان شروط الجواز أجمع أو نفي الشروط المفسدة، فإنها كثيرة.

وأما حديث اليد[٣] فباطل بالمهر، ولأن اليد إنما شرط فيما يحتاج فيه إلى التسليم ليعذره. وإن كانت القدرة ثابتة بتمكين العين لا باعتبار اليد؛ لأن القدرة بالتمكين من التسليم شرعاً لا باليد حساً.

☆☆☆☆☆☆☆

١ـ أي الجواب عن قوله: إن العقار مبيع فيكون قبضه شرطاً لصحة بيعه قياساً على المنقول وعلى السلم

٢ـ في نسخة ب فإنه

٣ـ أي قوله: «إن اليد شرط لصحة البيع. ألا ترى أنه لا يجوز بيع الآبق لانقطاع يده حساً. والمشتري يثبت له اليد بالتسليم إليه»

فصل:

اختلاف الناس في الجواز والفساد لمعنى في العاقد

قال أبوزيد:

اعلم بأن البيع لا يوجد ركنه[١] إلا من جهة العاقد. ولا ينعقد إلا في المالين[٢] وقد مرت[٣].

والآن يحتاج إلى من يوجد الركن / وهو العاقد. [٣٤٩/أ]

✪✪✪✪✪✪

١- ركن البيع عند أبي حنيفة:
مبادلة المال بالمال، وذلك قد يكون بالقول أي بالإيجاب والقبول. وقد يكون بالفعل أي بالتعاطي لا شك أنهما يصدران من العاقدين (راجع بدائع الصنائع ١٣٣/٥ ، وفتح القدير لابن الهمام ٤٥٥/٥ والبحر الرائق ٢٥٨/٥)

٢- لكي يتحقق التبادل بينهما

٣- راجع ص: ٨٧ و ما بعدها

[الخلاف في حكم بيع الصبي والعبد المحجور]

قال أصحابنا: بيع الصبي الذي يعقل ماله أو مال غيره يصح إذا كان بإذن من جعل الإذن إليه في ذلك المال ويتوقف على الإجازة إذا فعل بغير إذن.

وكذلك العبد المحجور عليه[١]

وقال الشافعي: لا يصح[٢]

والمسألتان مرتا في المأذون.

✪✪✪✪✪✪

١ـ يرجع أيضاً إلى تحفة الفقهاء (٣٦/٢)

٢ـ يرجع إلى الأم ٢٣٥/٣ ، والاصطلام ١٠٩/٢أ والمهذب ٢٦٤/١ وروضة الطالبين ١٨٨/٤.
قال في الاصطلام: «تصرفات الصبي عندنا باطلة وإن أذن له الولي . وعندهم صحيحة ، والمسألة دائرة على الأهلية فعندنا: ليس بأهل للتصرفات وعندهم أهل للتصرفات .»

مسـألـة

[الخلاف في حكم عتق المشتري العبد المشترى من غاصبه]

المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد ثم أجاز المالك البيع لم ينفذ العتق قياسًا عند محمد وزفر.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: ينفذ استحسانًا. [١] لأن [٢]خيار الإجازة للمالك يمنع ملك المشتري فيمنع توقف عتقه عليه كخيار الشرط والإكراه. بل هذا أولى، لأن الإكراه لايمنع الملك بعد التسليم وخيار الشرط لايمنع بعد الثلاث.[٣] وهذا يمنع.

وكذا خيار الشرط ثابت بعد رضا المالك بالعقد، وهذا ثابت لعدم الرضا بالعقد أصلاً.

وهذا: لأن العتق يوقف نفاذه على الملك الثابت. فإن المالك لو أجاز العتق نفذ العتق عليه. فلا يتوقف على الملك الذي سيظهر كالمشتري بشرط الخيار للبائع إذا أعتق ثم أجاز البيع، والغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان فملك.

وهذا، لأن النفاذ على الملكين ممتنع. وإنما ينفذ على أحدهما. فكان

١- يرجع إلى الهداية وشروحها ١٩٣/٦، والبحر الرائق ١٥١/٦.
قال كمال الدين بن الهمام في فتح القدير: «وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف. مارويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز. وإنما رويت أن العتق باطل.
وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز.
وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لايجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحًا.
وأقل ماهنا أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة. قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف، ونحن سمعنا من أبي يوسف: أنه لايجوز عتقه.»
والحاكم الشهيد هو محمد بن محمد بن أحمد المروزي المقتول شهيدًا سنة ٣٣٤هـ
وأبو سليمان هو موسى بن سليمان الجوزجاني صاحب محمد بن الحسن المتوفي بعد المائتين.
(يرجع إلى الجواهر المضية ٣١٣/٢، ٥١٨ والفوائد البهية ص ١٨٥، ٢١٦)

٢- ذلك تعليل للقول الأول. وهو قول محمد وزفر رحمهما الله.

٣- أي بعد ثلاثة أيام

النفاذ على الثابت الظاهر أولى.

ولا يلزم الراهن إذا باع العبد المرهون[١] فأعتقه المشتري ثم أجاز البيع. [٢] فإن العتق ينفذ على المشتري: لأنا لاندري أن الراهن إذاأجاز العتق عن نفسه ينفذ أم لا ؟ ويجوز أن لاينفذ: لأن فيه رد البيع. ولو رد البيع بنفسه لم يرتد لنفاذه عليه كأنه لارهن. ولما لم يتوقف على المالك الظاهر وسقط حكمه، ظهر حكم الملك الذي سيظهر.

ولأن المشتري من الغاصب لو قبض العبد ثم باعه، ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ الثاني. وكذلك إذا أعتق: لأن كل واحد منهما تصرف بملك تملك المحل لو تصرف والبيع (نافذ)[٣] بعد. ولا يتوقف معه حال توقفه. بل العتق أولى: لأن البيع أسرع نفاذًا من العتق من حيث شرط الملك.

ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن نفذ بيعه. ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه. والمكاتب [٤] يملك مثله البيع لنفسه ولا يملك الإعتاق.

ووجه الإستحسان:[٥] أن سبب الملك تم من أهله في محله وتوقف الحكم لخلل في/ ولاية المحل لحق ثالث محترم[٦] فيكون ذا القدر سببًا لتوقف العتق إذا وجد على النفاذ بإجازة الثالث قياسًا على الوارث إذا أعتق عبدًا من التركة وفيها دين مستغرق فرضي الغرماء بذلك.

وكذلك المشتري من الراهن إذا أعتق ورضي المرتهن بذلك

١- وهو احتراز عن القول بأن الراهن إذا باع عبده المرهون فبيعه موقوف على إجازة المرتهن. ومع ذلك أن عتق المشتري نافذ في العبد. فكذا هذا.

٢- أي أجاز المرتهن بيع العبد المرهون

٣- غير موجود في نسخة(ب)

٤- سبق تعريف المكاتب في ص: ١٨٦

٥- أي وجه ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف في جواز عتق المشتري العبد الذي اشتراه من الغاصب.

٦- وهو حق المغصوب منه في مسألتنا

وإنما قلنا: إن السبب تام من جهة المتعاقدين: لأنهما على هذا لو كانا مالكين أو وكيلين نفذ، وكان تامًا.

فعلمت أن الإمتناع والتوقف جاء للخلل في ولاية المحل من حيث أنه ملك غيرهما. وهذا لمعنى معقول. وهو: (أن البيع) [١] لما تم في نفسه في محله لابد أن يتم موجبًا للحكم إما حالاً أو متوقفًا على الوجوب في الثاني. فإن العلة بدون معلولها تلغو. وقد تمتنع لمانع يعرض الزوال والإمتناع ههنا بسبب حق الثالث حتى لايبطل ولا ينفذ عليه بغير إذنه. وذلك يحصل بالتوقف على النفوذ للحال، فيوقف. والعتق بعد الملك لايكون قطعًا للملك بل يكون نهاية على ما بينا في مسائل الشرط والرد بالعيب.

ونهاية الشيء في المعنى تتمة له فيصير منه. فيصير العتق بعد الملك من تتمة الملك.

فإذاكان الملك على التوقف في مسألتنا هذه وصار العتق منه (يتوقف) [٢] بتوقفه حقًا من حقوقه: لأن الشيء إذا نفذ بحقوقه إلا بما يفصل بينهما. فكذا إذا توقف توقف بحقوقه.

إلا أنا نقول لمحمد بن الحسن: أرأيت هذا المشتري لو لم يشتري ولكن قال للغاصب: اعتق عني هذا العبد بألف درهم. فقال: أعتقت. فبلغ المولى فأجاز، (أ)[٣] يجوز الشراء والعتق من الآمر أم لا ؟

فإن قال: لا، نقلنا الكلام إليه، وقلنا:

لو طلب من المالك هذا التصرف أليس ينفذ عتقه بعد شراء بكلمة واحدة، فكذا إذا طلب من غيره، وله مالك مجيز توقف عليه: لأن الأصل عندنا: إن كل

١- في نسخة (ب): «أنه»
٢- في نسخة أ: «موقوف»
٣- غير موجود في نسخة(ب)

تصرف حصل مع المالك نفذ. فإذا حصل مع الفضولي[١] توقف لايوجد غير هذا. ولأنهما لو فعلا بهذا اللفظ صار العاقدان من حكم عقد واحد، لأنهما بنيا بلفظ واحد. والواحد مما يتوقف. فكذا العقدان لما صارا في الحكم واحد. ألا ترى أنه تم بإيجاب المالك من غير قبول الطالب: لأن البيع صار في العتق، فصار منه حكمًا. وكذلك ههنا الإعتاق وإن وجد بعد الشراء لما كان بعد حصوله يصير تتمة للملك الثابت بالشراء صار شيئًا واحدًا حكمًا وكانا جميعًا بمنزلة حكم البيع. وحكم البيع موقوف نفاذه على إجازة المالك لامحالة في مسألتنا. فإذا صار العتق منه نفذ منه بخلاف البيع بشرط الخيار للبائع: لأن الخيار يوجب/ تعليق الحكم [٣٤٩/ب] بسقوطه لا (توقيفه). [٢] والتعليق يوجب الإنعدام حكمًا، كما إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق. فإنه ينعدم حكمًا أصلاً.

ألا ترى أن المتصارفين إذا تصارفا على أنهما بالخيار وتقابضا وتفرقا على ذلك بطل [٣] كأنهما لم يقبضا شيئًا: لأن القبض حكم العقد. والخيار يوجب تعليق الحكم بالسقوط فانعدم حكمًا وإن وجد حسًا. وبمثله لو تقابضا بدلين مستحقين وتفرقا لم يبطل، وإذا أجاز المالك نفد خلافًا لزفر: لأن الإستحقاق موجب التوقف فلم ينعدم أصلاً.

وكذلك إذا قال: إذا جاء غدٌ فلله عليّ أن أتصدق بدرهم فعجل لم يجز: لأنه علقه بشرط المجيء فانعدم النذر حكمًا.

وبمثله لو قال: لله عليّ أن أتصدق بدرهم غدًا: لم يجب للحال. ولو عجّل أجزأه.

وكذلك عند أبي يوسف لو قال: لله عليّ أن أصوم يوم الخميس فعجل يوم

١- الفُضُولي: هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي. (شرح المجلة ص ٦٦) وعرفه الجرجاني في التعريفات ص ١٦٧: بأنه من لم يكن وليًا ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد.

٢- في نسخة ب: «توفيقه»

٣- أي بطل عقد الصرف

الأربعاء أجزأه لاعتبار وجود السبب للحال. وإن توقف الوجوب على مجيء يوم الخميس.

ولا يلزم بيع المكره[١] لأن المشتري إذا أعتق بعد القبض نفذ؛ لأنه يملك عندنا بالقبض وإن كان قبل القبض فالسبب قاصر؛ لأن البيع المكره عندنا بيع فاسد كالبيع إلى الحصاد على مابينا في موضعه قبل هذا[٢]

والبيع (الفاسد عندنا تمامه بالقبض كالهبة. فيكون الإعتاق قبل القبض كالإعتاق قبل القبض في باب الهبة.

وهذا؛ لأن الحكم إنما) [٣] ثبت نافذًا أو موقوفًا بعد تمام العلة.

وكذلك البيع بشرط الخيار، لولا الشرع لكان فاسدًا لايجوز أبدًا وإنما حكمنا بالجواز بخلاف القياس وظهور حكمه بعد سقوط الخيار. فأما قبله فهو دون الفاسد فلا يكون تامًا بنفسه. ولا يتم بالقبض: لأنه منعدم/ حكمًا لمكان تعلق الأحكام بسقوط الخيار على مامر [٤]

ومن مشايخنا من جعل مسألة المكره على الإختلاف [٥] والصحيح ماقلنا. ثم الإعتاق بخلاف الهبة وبسائر التصرفات المزيلة للملك؛ لأنهما متى نفذت قطعت الملك الأول ورفعته وما انهته فلا يصير منه معنى ولا حقيقة. بل كانت أحكامها مضادة لحكم البيع. فلا يصير من حكم البيع الأول، فلا يتوقف مع حكمه.

١- ذلك جواب عن سؤال مقدر وهو: ألا يلزمكم بيع المكره فهو بيع بدون رضى المالك. فأشبه من هذه الناحية بيع الفضولي. ومع ذلك أنتم ذاهبون إلى فساد بيع المكره قبل القبض ولو أجازه المالك ؟

٢- راجع ص: ٣٠٢

٣- مابين القوسين غير موجود في نسخة (ب)

٤- راجع ص: ٢٦٤

٥- قال في بدائع الصنائع (١٨٦/٧): «النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجازة ونحوها فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة - رضي الله عنهم -
وعند زفر - رحمه الله - يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي.»

وتعليلنا لبيان أن العتق يصير منه فيتوقف معه، فأما ماليس منه فلم يعلل له. ولم تدخل هذه الجملة تحت تعليلنا فلا يلزمنا بوجه

فأما الجواب عن الأول:[١] فقد ذكرنا[٢] الفرق بين أحكام خيار الإستحقاق والكره والشرط، فلا يصح الإستدلال بها وأحكامها مختلفة.

وأما الجواب عن الثاني:[٣] فهو أن العتق في نفسه لما صلح تتمة للملك معنى. والملك في مسألتنا نوعان:

ملك ظاهر للمولى المغصوب منه

وملك سيظهر للمشتري من حين اشتراه.

والعتق الحاصل صلح تتمة للملكين جميعًا صح الإيجاب بكل واحد منهما على التوقف بلا تمانع. وإن المستحيل وجود شيء واحد في مكانين.

فأما التوقف للنفاذ في هذا أو هذا فلا. ألا ترى أن من باع عبد الرجل بغير أمره ثم باعه من آخر بغير أمره توقف البيعان جميعًا: لأن الملك بعد لم يثبت لأحدهما. وإنما يثبت ابتداء عند الإجازة فاستقام التوقف لشخصين. فإذا وجد أحدهما بطل الآخر.

فكذلك العتاق الواحد يتعلق وجوده بشروط كثيرة أيها وجد لم يبق مع الآخر حينئذ.

وإذا لم يقع التعارض في الوقف بين الملكين بطل قوله: إن الملك الثابت أولى من غيره. فإنه إنما يشتغل بالأولى إذا لم يكن إثبات الأمرين جميعًا.

١- أي أنه جواب عن قوله: «إن خيار الإجازة يمنع ملك المشتري فيمنع توقف عتقه عليه كخيار الشرط والإكراه...»

٢- آنفا

٣- أي الجواب عن قوله: أن العتق يوقف نفاذه على الملك الثابت. ولا يتوقف على الملك الذي سيظهر. وأن النفاذ على الملكين ممتنع. وإنما ينفذ على أحدهما فكان النفاذ على الثابت الظاهر أولى

وأما الجواب عن الثالث:[١] فما ذكرنا في الفرق بين البيع والعتق.[٢] وقولهما: إن البيع أسرع نفاذًا فيعم البيع لايفتقر إلى حقيقة ملك. والعتق يفتقر إلى الحقيقة. والخلاف ليس فيه. إنما الخلاف في التوقف تبعًا للملك وحكمًا له. والعتق بمعنى حكمه والبيع لا على مامر.[٣]

فأما الغاصب إذا أعتق ثم ضمن لاينفذ. والبيع ينفذ فليس من مسألتنا في شيء. فإن الغصب للحال ليس بسبب (للملك) [٤] ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكمًا له، ولكن يعرض أن يصير سببًا إذا قضى عليه بضمان المثل. والعتق وجد قبل القضاء فكان كعتق الموهوب له قبل القبض لا ينفذ العتق؛ لأنه لم يتوقف حين وقع تبعا للملك؛ لأن الملك لم يتوقف قبل تمام العلة.

١- أي الجواب عن قوله: «إن المشتري من الغاصب لو قبض العبد ثم باعه. ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ الثاني. وكذلك إذا أعتق.»

٢- من أن البيع انتقال الملك من مالك إلى مالك آخر. وأما العتق فإنه انتهاء للملك

٣- راجع ص:٢٩٢

٤- في نسخة ب: «الملك»

وإنما نفذ البيع من الغاصب إذا ضمن لايتوقف الملك، فإنه لا يتوقف معه على مامر. ولكن لانقلاب ذلك الغصب عند ضمان المثل بسبب ملك. فيستند الملك إليه حكما لا حقيقة من كل وجه. فيصير فيما مضى قبل الضمان بمنزلة ملك المكاتب فيكفي لنفاذ البيع دون العتق.

ألاترى أنهم قالوا:[١] إن كان المغصوب أمة فولدت واكتسب مالا قبل الضمان ثم ضمن، صار الكسب للغاصب دون الولد؛ لأن الملك لا يثبت من وجه[٢]

وإنه مسألة اتفاق وليست من مسألتنا في شيء. فإن أشكلت أشكلت على الجميع.

وإذا ثبت أن العتاق لا يجوز من الغاصب إذا أعتقه بنفسه وأدى الضمان وملك فلان لايجوز من المشترى إذا أدى الغاصب الضمان وملك أولى؛ لأنه يجوز من جهة تمليكه وحق ملكه لو باشر بنفسه لم ينفذ فالمشتري الذي يتلقى من جهته أولى وإن جعل حقا من حقوق ملكه الذي أوجبه.

فأما من جهة المغصوب منه فيجوز؛ لأنَّه لمَّا صار حقاً للملك صار النفاذ مضافاً إلى المجيز، وهو لو أعتق بنفسه نفذ، فينفذ عتق الغير بإجازته أيضاً.

وذكر هلال الرازي[٣] فى (وقفه) : أن الغاصب إذا ضمن حتى جاز بيعه

١ـ يعني محمد بن الحسن وزفر بن الهذيل ومن ذهب إلى مذهبهم. والله أعلم.

٢ـ يرجع الى بدائع الصنائع ١٦٠/٧ ،تكملة البحر الرائق ١١٣/٨

٣ـ هو هلال بن يحيى بن مسلم الرأي البصري . لقب بالرأي لسعة علمه وكثرة فهمه كما قيل ربيعة الرأي لشيخ مالك رحمهما الله.
أخذ الفقه عن أبى يوسف وزفر ، وروى الحديث عن أبي عوانة وابن مهدي.
وله مصنف فى الشروط وأحكام الوقف تداوله العلماء.
مات سنة ٢٤٥هـ . (الجواهر المضية ٥٧٢/٣ ، والفوائد البهيه ص ٢٢٣) ذكره المؤلف رحمه الله بـ(هلال الرازي) قال القرشي فى الجواهر المضية : (ويقع في بعض الكتب : الرازي ، وهو غلط . لأنه بصري)

نفذ عتق المشتري .[١] وكذلك إن كانت أرضا ووقفها قبل الضمان ، ثم ضمن الغاصب (نفذ)[٢] وقف المشتري[٣] بعد ما ذكر أنه لا يصح باجازة المالك البيع فى هذه المسألة بعينها فتكون المسأله دليلا لآبى حنيفة.

فيصير المشترى على هذا إذا أعتق أولى من الغاصب نفسه ، لأن الغاصب يملك بغصب. وذلك سبب من وجه دون وجه على مامر. فكان الملك ناقصا كملك المكاتب. والمشتري يملك بالشراء وأنه سبب للملك من كل وجه فاحتمل العتق إذا ثبت بالإجازه

☆☆☆☆☆☆

١ـ أي إن كانت السلعة المشترية من الغاصب أرضاً

٢ـ فى نسخة (أ) : (بعد)

٣ـ وذلك على طريقة الاستحسان . قال ابن الهمام فى الفتح (١٩٦/٦) وأما عتق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان فنقول ينفذ كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه - وهو من أصحاب أبى يوسف - ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاضب ضمانها حتى ملك قال : ينفذ عتقه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى .) ورجحه صاحب الهداية راجع الهداية: ١٩٦/٦ ، وراجع لقول هلال الرأي أيضاً العناية: ١٩٦/٦ ، والكفاية ١٩٧/٦ ولم أعثر على النص في كتاب الوقف لعله في نسخة أخرى لم نقف عليها)

فصـــــــل

الفساد فى العقد بشرط فاسد .

[الخلاف فى حكم بيع العبد بشرط العتق]

إذا اشترى عبدا بشرط أن يعتقه كان العقد فاسدا عندنا[١]

وللشافعى قولان فيه[٢].

فإن قبضه المشتري فأعتقه انقلب جائزا عند أبى حنيفة . و(عندهما)[٣] : لاينقلب[٤].

وجه قول الشافعى بالجواز : إن الإعتاق شرط ملائم فيجوز معه العقد كما إذا اشترى بشرط القبض أو بشرط أجل معلوم .

وإنما قلنا : إنه ملائم : لأن العتق مما يجب بنفس الشراء كشراء الأب ، فإنه بمعنى اعتاق .

وكذلك إذا قال لآخر : اعتق عبدك عني بألف . فقال: أعتقت. صار مشتريا ثم معتقا. فكان هذا شراء بشرط العتق. ولأن أباحنيفه يقول: إذا أعتقه جاز العقد.

١ـ يرجع أيضا إلى فتح القدير لابن الهمام ٧٦/٦ ـ ٧٧. وبدائع الصنائع ١٦٩/٥-١٧٠ أشار فيه بأن المذكور هو ظاهر الرواية ، ثم قال : ((وروى الحسن عن أبى حنيفة - رضى الله عنهما - أنه جائز .))

٢ـ قال الشافعي رحمه الله في كتابه الأم (٨٨/٣): ((وإذا باع الرجلُ الرجلَ العبد على أنه لايبيعه أو على أن يبيعه من فلان أو على أن لا يستخدمه أو على أن ينفق عليه كذا أو على أن يخارجه فالبيع فاسد كله فيه فاسد ، لأن هذا كله غير تمام ملك . ولايجوز الشرط فى هذا إلا فى موضع واحد ، هو العتق اتباعا للسنة ولفراق العتق لما سواه . فنقول : إن اشتراه منه على أن يعتقه فأعتقه جائز ..))(راجع أيضا المهذب ٢٧٥/١، ومغنى المحتاج ٣٣/٢)

٣ـ فى نسخة (ا) : ((عندهم))، والظاهر أن الضمير يرجع إلى أبي يوسف ومحمد صاحبي أبى حنيفة

٤ـ يرجع أيضا إلى بدائع الصنائع ١٧٠/٥. وذكر فيه أن ما ذهب إليه أبو حنيفه استحسان وأما ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد فهو القياس

وتحقيق الشرط الفاسد يوجب تحقيق الفساد. فلما تحقق به الجواز علم أنه شرط جائز.

ولنا: ماروى عن النبى عليه السلام: (انه نهى عن بيع وشرط)[١]

ولأنه شرط معتبر لا يلائمه فيفسده قياسا على الأجل المجهول. وشرط أن لا يبيعه. ولا أشكال فيه. فإن كل شرط معتبر لا يلائم البيع كان فاسدا فى حق البيع. والبيع بالنص والإجماع يبطل بالشروط الفاسدة.

وإنما قلنا: معتبر؛ لأنه مفيد حقا للعبد فلم يكن هدرا بحكم أنه لغو فى نفسه.

وإنما قلنا: إنه لا يلائم العقد لأن العقد يوجب الملك والملك يطلق للمالك تصرفات يملكها بحق الملك على سبيل الاختيار. وإنه العلم على المالكية. والشرط يسلب هذا الاختيار. فكان على مضادته، ولهذا لا يلزم المشترى بالإجماع[٢] أن يعتقه.

والشروط الجائزة فى البيع لازمة لأنها تصير وصفا لا حكما إذا جازت وثبت فيها كالأجل يصير وصفا للثمن. وإذا اشترى عبدا على أنه كاتب يصير وصفا للمبيع فيلزمه كما لزم الملك فى الثمن والمثمن. ولزمت سائر الأوصاف من الجيد والردىء والمعيب والسليم. فلما لم يلزم العتق علم أنه شرط فاسد.

١- سبق ذكر الحديث وتخريجه فى ص: ٢٣٤

٢- والظاهر أنه يفيد الاتفاق بين أئمة الحنفية: لأن في قول عند الشافعية يجبرالمشتري على العتق. قال فى المهذب (٢٧٥/١): ((وإن اشتراه بشرط العتق فامتنع من إعتاقه ففيه وجهان: أحدهما: يجبر عليه، لأنه عتق مستحق عليه فإذا امتنع أجبر عليه كما لو نذر عتق عبد ثم امتنع من إعتاقه.

والثانى: لا يجبر، بل يثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع، إنه ملكه بالعوض وإنما شرط للبائع حقا فإذا لم يف ثبت للبائع الخيار كما لو اشترى شيئا بشرط أن يرهن بالثمن رهنا فامتنع من الرهن.)). راجع أيضا مغنى المحتاج (٣٣/٢)

ولأن أسباب العتق مما يزيل الملك. والبيع للإيجاب (منه)[1] الدوام . فشرط مايحرمه بمزية يكون غير ملائم ، كما إذا اشترى شجرة بشرط أن يصرف فيها إلى البائع ونحوها بخلاف شراء الأب . فإن عتقه يوجب شرعا صلة لابنه . والملك سبب لوجوب الصلات، فكان ملائما على ما وجب صلة شرعية .

فأما إذا قال: اعتق عبدك عني بألف درهم، فما ذاك شراء بشرط العتق ، فإن العتق أصل فيه والشراء ثابت فى ضمنه ، فكان بابا آخر .

ألاترى أنه لو قال له: اقض عني ديني فقضاه وكان تمليكا من الأمر بعوض ، ثم قضاءعنه والقضاء لايوهم التمليك .

☆☆☆☆☆☆

١ـ في نسخه ب : (فيه)

مسألة [تابعه لما سبق]

ثم قال أبو يوسف ومحمد : لما كان الشرط فاسدا لم يجز بتحقيقه[١] . فتحقق المفسد يوجب تحقق الفساد لا ارتفاعه .

ولأبى حنيفة: أن الفساد فى هذا الشرط من حيث إثباته لا من حيث ثبوته؛ لأنه تصرف يملك بالملك. فكان يجب ثبوته على الاختيار، والشرط ينفيه .

وكذلك الملك كان يجب على عرض الدوام، والشرط ينفيه فلا يثبت الشرط جائزا. وجوازه يوجب اللزوم بنصه على اللزوم. وفى اللزوم حكمه بخلاف ما يتفرع (عن) [٢] الملك على سبيل المنافاة. ومتى لم يلزم كان فاسدا؛ لأن حكمه لم يثبت أصلا. وإذا أعتقه ثبت موجب الشرط لا على سبيل يوجبه العقد. وهو الإعتاق عن اختيار فارتفع المفسد قبل تقرره. وبقيت العبرة للحكم الثابت بالعتاق . والثابت به تتميم الملك الثابت بالشراء فى العبد بإنهائه . فنهاية الملك المرقوق الى العتق كما ينتهى ملك الحى بالموت

ألا ترى أنه اذا اشترى عبدا فأعتقه . ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان/ كما لو مات [٣٥٠/ب]
ولما باع لم يرجع بشىء . وقد بينا هذا فى مسألة المشترى من الغاصب اذا اعتق ثم أجاز المالك .

ألاترى أنه لما صلح أن يجب العتق صلة بسبب الملك فى شراء الأب ، صلح أن يثبت حكما للشراء حتى كان الشراء اعتاقا . وصح التكفير به عندنا[٣]

١ـ أي بتحقيق الشرط الفاسد كما فى مسألة من اشترى عبدا بشرط أن يعتقه فقبض العبد ثم أعتقه

٢ـ فى نسخه ب :(على)

٣ـ قال فى بدائع الصنائع ٤٩/٣ : « شراء القريب اعتاق عندأصحابنا حتى تتأدى به الكفارة.»

ووجب الضمان عند الشافعي بالشراء إذا كان اشترى نصفه كما لو أعتق النصف[١] وحكم الشيء يلائمه لامحاله . فثبت أن عدم الملاءمة فى أنه تصرف يملك بملك المبيع . وأنه يثبت على سبيل الاختيار للمالك. فما يقطع اختياره لا يلائمه.

وذلك فى وجوب الأشياء بالشرط حتى إذا زال الاختيار بأن وجب صلة عليه من الله كان ملائما وحكما له[٢].

فكذلك المشترى إذا اختار الإيقاع حتى بقيت العبرة للواقع من الحكم صار ملائما.

وإذا كان كذلك علم أن هذا الشرط[٣] ليس بفاسد بأصله بل الفساد في صفة[٤] منه. وهو وجوب المباشرة عليه بالشرط . فأما نفسه للملك وملائم (له) لأن الإنهاء تقرير للملك الثابت بالشراء. والشراء للإيجاب فما يقرره يكون ملائما وجرى مجرى الشروط (التى)[٥] تبين صفات الثمن أو المبيع؛ لأن البيان يزيد إعلاما. وأن يكون البدلان[٦] معلومين أصل معتبر فى باب الشراء. فصار حد الجائز[٧] : مايصير صفة لأحد البدلين مستحقه لأحد المتعاقدين؛ لأن العقد شرع كذلك، كقولنا : جيد ورديء وثمن حال ومؤجل.

فأما إذا أوجب حكما أو تصرفا بخلاف ما (يوجب)[٨] العقد فهو غير

١ـ يرجع الى المهذب ٥/٢ : قال فيه : (وان ملك بعضه - يعنى بعض الاب - فان كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقى لآنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد.)

٢ـ كما هو الحال فى وجوب عتق الأب بالشراء

٣ـ أي شرط الاعتاق

٤ـ غير موجود فى نسخة أ

٥ـ فى نسخة ب : (الذي)

٦ـ أي الثمن والمثمن

٧ـ أي حد الشرط الجائز

٨ـ فى نسخة ب (يوجبه)

ملائم .

وشرط العتاق من حيث أنه تصرف بخلاف ما يوجب الملك كان فاسدا، ومن حيث أنه متى وقع رجع إلى صفة الملك الثابت به كان ملائما[١] فيجب رده فى كل حال إلى نظيره. ولم يحكم بفساده على الثبات حين وقع؛ لأن المفسد غير متقرر على الثبات لما كان يعرض أن يعتقه المالك بحكم ملكه مختارا فيثبت تحته موجب الشرط ولافساد فيما بقى وإن أضيف إلى الشرط. بل على أنه يجوز متى زال المفسد وهو وجوب الإنشاء باعتاق المالك باختياره بحكم ملكه . وكان سبيله سبيل الشراء إلى الحصاد. ثم (إبطال المشترى الأجل قبل حين الحصاد، فإنه يعود جائزا الارتفاع على مانذكر.

وتبين)[٢] أن المفسد لم يتقرر بالاعتاق. فإن نفس التصرف حصل فى اختياره بحكم أنه مالك لا بالشرط، وأنه غير فاسد، كما لو أعتق من غير شرط. والذي يقرر من حكمه وجعل وفاء للشرط. وذلك أنها للملك وملائم بحكم البيع .

☆☆☆☆☆☆

١ـ أي شرط العتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد ولكن يلائمه من حيث الحكم (يرجع الى الهداية ٨٠/٦)

٢ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة (أ)

مسألة

[الخلاف في حكم البيع الى اجل فيه نوع جهالة ثم ابطل ذلك الآجل قبل حينه]

إذا اشترى بشرط الأجل (إلى الحصاد)[١]. ثم إن المشتري أبطل الأجل قبل حين الحصاد عاد صحيحا[٢] .

وقال زفر: لايعود صحيحا، قياسا[٣] ؛ لأنه فسد بسبب جهالة الأجل. فأشبه ما إذا اشترى بشرط الأجل إلى مطر السماء أو هبوب الريح، ثم أبطل.

إلا أنا نقول: إن شرط الأجل نفسه جائز، والفساد لمعنى الجهالة. وتلك الجهالة في حين أوان الحصاد؛ لأنه يتقدم ويتأخر، لا قبله فإنه معلوم وقت الشتاء. إنه ليس بحين الحصاد .

إلا أنا كنا نحكم بالفساد لاتصال الجزء المجهول بالمعلوم. وأنه اتصال يقبل الانفصال؛ لأن الأجل تحمل السقوط باسقاط من له الحق (فلم يثبت)[٤] الفساد بسبب الاتصال باتاً بل بحسب العلة ثبوتاً يقبل الزوال بالانفصال؛ لأنه متى انفصل زال المفسد قبل التقرر. وكان بمنزلة بيع الفص[٥] ، فإنه فاسد. وإذا نزع وسلم جاز؛ لأن الفساد بسبب عدم التسليم (كان)[٦] بسبب الاتصال بما ليس يمنع. وأنه غير بات؛ لأنه متصل بالخاتم أيضا لا إلى البايع فصله إن شاء، وإن كان لا يلزمه، فإذا شاء وفصل ارتفع المفسد فعاد صحيحاً.

١ـ في نسخة ب : (للحصاد)
٢ـ في نسخة ب زيادة : (وهو أجلي)
٣ـ يرجع ايضا إلى الهداية ٨٨/٦
٤ـ في نسخة أ : (لم يثبت)بدون زيادة الفاء
٥ـ أي فص الخاتم. سبق ذكره في ص : ٢٢٥
٦ـ غير موجود في نسخة أ

فأما الأجل إلى هبوب الريح فتعين الشرط فاسد؛ لأنه شرط تأجيل ومحل الأجل ذكر زمان غير راهن ليتأجل إلى حين وجوده. ومامن وقت إلا هو صالح لهبوب الريح والمطر، فلم تصر لتسمية بهذا الاسم تسمية لوقت فى المستقبل. فانعدم محل الأجل، فلم يثبت أجلا وبقي[1] شرطا فاسدا كما لو شرط مع الثمن تسليم رطل دم .

☆☆☆☆☆☆

١ـ أي بقي شرط الأجل إلى هبوب الريح أو إلى نزول المطر

مسألة

[الخلاف فى حكم شراء مال بشرط الرهن أو الكفالة]

اذا اشترى شيئا بشرط أن يرهن[١] بالثمن رهنا أوتكفل[٢] به الكفيل فالبيع فاسد قياسا ، وهو قول زفر .

وعندنا : يجوز استحسانا ، إن كان الكفيل حاضرا وقبل فى المجلس والرهن معلوم[٣]

وجه القياس : أنهما[٤] صفقتان[٥] فى صفقة . و «نهى النبى عليه السلام عن

١ـ الرهن : فى اللغة : مطلق الحبس والثبات والدوام . قال فى لسان العرب (١٨٩/١٣) : (قال ابن عرفة : الرهن فى كلام العرب : هو الشيء الملزم . يقال : هذا راهن : أى دائم محبوس عليك . وقوله تعالى : ((كل نفس بما كسبت رهينة)) المدثر-٣٨ و ((كل امرى بما كسب رهين)) الطور - ٢١ : اى محبس بعمله ورهينة محبوسة بكسبها)
كل شيء ثبت ودام فقد رهن .
والرهن : المرهون تسمية للمفعول بالمصدر .
(يرجع الى الصحاح ٢١٢٨/٥ ، ولسان العرب ١٨٨/١٣ ـ ١٨٩ ، والمصباح المنير ٢٤٢/١)
وفى الشرع : حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه .
(يرجع الى اللباب فى شرح الكتاب ٥٤/٢ ، وشرح المجلة ص ٣٨٤ المادة : ٧٠١ ، وأنيس الفقهاء ص ٢٨٩)

٢ـ الكفالة : فى اللغة : الضمان .
والكفيل : الضامن والعائل
قال عزوجل : ﴿وكفلها زكريا﴾ آل عمران : ٣٧ : أى ضمّنها إياه حتى تكفل بحضانتها .
وكَفَلَ المال وبالمال : ضمنه . يقال : كَفَلْتُ به كفالة وكفلت عنه بالمال لغزيمة .
(يرجع الى الصحاح ١٨١١/٥ ، ولسان العرب ٥٨٩/١١ ـ ٥٩٠ ، والمصباح المنير ٥٣٦/٢).
وفى الشرع : الكفالة هى ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة . أى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة.
(الهداية ٢٨٣/٦ ، وكنز الدقائق ٢٠٤/٦ ، والتعر يفات للجرجانى ص ١٨٥)

٣ـ يرجع أيضا إلى بدائع الصنائع ١٧١/٥

٤ـ أي البيع والرهن أو البيع والكفالة

٥ـ الصفقة: العقد . وهى من الصَّفْق : الضرب الذى يسمع له صوت . يقال: صَفَقْتُ له بالبيع والبيعة: أى ضربت يدي على يده. قال فى المصباح (٣٤٣/١) : «كانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه. ثم استعملت الصفقة فى العقد. فقيل: بارك الله لك فى صفقة يمينك.)
يقال : رَبِحَت صفقتُك للشراء . وصفقة رابحة وصفقة خاسرة. (الصحاح ١٥٠٧/٤ ـ ١٥٠٨، والمصباح المنير ٣٤٣/١)

صفقتين فى صفقة »[١] و « نهى عن بيع وشرط »[٢]

ولأنه شرط معتبر غير ملائم فيفسده كما لو كان الكفيل غائبا .

وإنما قلنا : « غير ملائم » ، لأنه عقد على شيء آخر ليس بمبيع ولا ثمن. والبيع لا يوجب حكمه إلا فى المبيع والثمن فشرط زيادة بقدرها يكون غير ملائم على مامر .[٣]

ووجه الاستحسان : أن عين الشرط غير ملائم على ماذكر[٤] ولكن حكمه ملائم ، لأن الكفالة متى وقعت أوجبت/زيادة وثيقة لوجوب الثمن. [٣٥١/أ]

وكذلك الرهن متى تم أوجب زيادة وثيقة لا لجانب الاستيفاء. والعقد يقتضى ثمنا يجب فى الذمة ويستوفى. فما يؤكد الوجوب أو معنى الاستيفاء كان راجعا إلى إثبات الصفة للثمن على وفق ما يوجبه العقد فيكون ملائما.

وإذا كان كذلك، قلنا : إن العبرة للمعانى لا للصور. ومعنى العقد حكمه. فإذا صار (ملائما)[٥] بحكمه جعل ملائما وإن تناول بصورته (مجالا)[٦] آخر لم يتناوله أصل العقد من الكفيل والرهن إلا أن الكفيل إذا لم يكن حاضرا (العقد)[٧]

١ـ الحديث : أخرجه قريبا من هذا اللفظ أحمد بن حنبل (٣٩٨/١) عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه قال: « نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين فى صفقة واحدة . »
وأخرج الترمذى في البيوع / باب ماجاء فى النهى عن بيعتين فى بيعة ٥٣٣/٣، والنسائى . فى البيوع / باب بيعتين فى بيع ٢٩٦/٧.
كلاهما عن أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعا بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة . »
وقال الترمذى : « حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح . »
وأخرجه أيضا الإمام مالك فى الموطأ - البيوع / باب النهى عن بيعتين فى بيعة ٦٦٣/٢ بلاغا
٢ـ سبق ذكر الحديث وتخريجه فى ص : ٢٣٤
٣ـ راجع الى ص : ٢٩٦
٤ـ فى مسألة شراء العبد بشرط العتق . راجع ص :٢٩٦
٥ـ فى نسخة ا « ملائمة »
٦ـ فى نسخة ب : « محلا »
٧ـ غير موجود فى نسخة أ

أو لم يقبل فسد؛ لأن العقد لم يثبت فلم يثبت الحكم . (و)[١] الحكم هو الملائم . فإذا لم يثبت بقيت العبرة للصورة ، وأنه شرط فاسد.

وكذلك الرهن إذا لم يكن معلوما ، لأنه شرط رهن مجهول فكان شرطا فاسدا بأصله إلا أنا اعتبرنا القبول من الكفيل في المجلس ههنا ولم نعتبر الاعتاق فى المجلس فيما مر.[٢]

وكذلك إبطال الأجل المجهول . بل يجوز متى فعل ذلك؛ لأن أصل شرط الكفالة على الغير بغير الولاية. وأنه فاسد على ماقاله زفر بصورته، وإنما يصير ملائما بحكمه

والعقد على الغير منعدم حكما فى حق الغير حتى يجيزه. وإذا كان منعدما في حق الكفيل لم يثبت حكمه بوجه قبل العلة. فبقيت العلة فبقيت العبرة للصورة. وأنه شرط فاسد فى نفسه لكنه يعرض الارتفاع بقوله. فقدر بمجلس العقد كالدين بالدين فاسد فى الأصل ، وإنما يرتفع بالقبض فقدر بالمجلس. وكذلك الشراء بالمجهول فاسد.

وإذا اشترى بالرقم[٣] ولا يشعر به كان فاسدا. ولما كان يعرض الارتفاع بالعلم قدر بالمجلس.

فأما الشراء بالاجل فما هو شرط فاسد فى أصله ، بل هو شرط جائز. والفساد فى اتصال الجهالة به وتقررها بمجيء حينها فلا يتعذر الفساد قبل تقرر العلة .

١ـ فى نسخة ب : « ف »

٢ـ راجع إلى ص:٢٩٦ـ٢٩٧

٣ـ الشراء بالرقم : هو أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذا الثوب بالرقم الذي عليه. وقبل المشتري من غير أن يعلم مقداره. (التعريفات للجرجانى ص ٤٨). سبق معنى الرقم فى ص : ٢٣٠

وإنما كنا نحكم بالفساد وبظاهر الاتصال .

فإذا أبطل فقد رفع المفسد قبل التقرر فى المعنى لا رفع المفسد بعد التقرر . فالرفع بعد التقرر يتقدر بالمجلس. وقبل التقرر لا وقت له .

وكذلك الشراء بشرط العتق و فالفساد ليس من حيث أن الشرط لم يصادف محله فبقى فاسدا فى عينه . أو كان بغير ولاية لينعدم حكما فيبقى فاسدا من حيث العدم . بل لأنه يعارض حكم المالكية فى سلب الاختيار عنه ، فكان الافساد لحكم المعارضة لا فى عينه .

فإذا أعتق مختارا على ما توجبه الملكيةزالت المعارضة وثبت المشروط مع زوال المفسد قبل تقرره .

فإنا ماسلبنا الاختيار بحكم الشرط ليكون المفسد متقررا. وإذا كان كذلك لم يكن الإعتاق رافعا للمفسد ليتقدر بالمجلس. وأما شرط الرهن على مال نفسه فصحيح إذا كان معلوما ويلزم إذا (جعله)[١] شرطا في (البيع)[٢] . ويلزمه التسليم والوقاية فى المجلس وخارجه فلم يكن فى التسليم رفع المفسد ليتقدر به .

☆☆☆☆☆☆

١ـ فى نسخة أ : « جعل »
٢ـ فى نسخة ب : « العبد »

مسألة

[الخلاف في مدة خيار الشرط]

إذا اشترى بشرط الخيار[١] أربعة أيام لم يجز.

وقال أبو يوسف ومحمد : جائز . وإن طالت المدة بعد أن تكون معلومة؛ لأن شرط الخيار شرط ملائم؛، لأنه شرع لتحري الموافقه ونفى الغبن. والتجارة شرعت للربح فما يقرب منه يكون ملائما له. وكان بمنزلة (شرط)[٢] الأجل.

ولأبي حنيفة : أنه شرط فاسد غير ملائم له، لأنه ينافى حكمه. فالبيع شرع لإيجاب الملك فى البدلين. والخيار يمنع وجوب الملك . إلا أنا جوزنا فى الثلاث بالنص[٣] بخلاف القياس ، فلم يجز قياس غيره عليه بل لم يجز احمال زيادة من المنافى ليست فى النص . ولأن النص شرع هذه المدة لإيلاء عذر المشروط له فى الغبن، وإيلاء العذر مقدر بثلاث على ما عرف بخلاف الأجل، لأنه لا يمنع الملك. وإنما يؤخر المطالبة. والمطالبة ليست من أحكام العقد. بل حكمه الملك ثم المطالبة؛ لأنه ملكه عند غيره. أو لأن الأجل وإن أخر المطالبة بخلاف موجب العقد.

فقد بين صفة للثمن بأن كان مؤجلا. وأنه صفة (له)[٤] يوجب ضرب نقصان

١ـ وهو أن يقول للبائع: اشتريت على أني بالخيار إلى كذا. وهو المصطلح عليه بخيار الشرط عند الفقهاء رحمهم الله.
وذلك جائز وفاقا عند الحنفية إن كان إلى وقت معلوم ولم يجاوز ثلاثة أيام. ومختلف فيه إن كان إلى أربعة أيام فما فوقها مثل أن يذكر إلى شهر أو شهرين .
ولا يجوز وفاقا إذا ذكر الخيار مؤبدا أو مطلقا ولم يبين وقتا أصلا أو ذكر وقتا مجهولا مثل أن قال: « على أني بالخيار أياما»
(يرجع الى تحفة الفقهاء ٦٥/٢ ، والهداية ٤٩٨/٥ ، والبحر الرائق ٢/٦ وما بعدها)

٢ـ غير موجود فى نسخة : ب

٣ـ وهو قوله ﷺ لحبان بن منقذ بن عمرو الانصاري الذي كان يغبن فى البياعات : « اذا بايعت فقل : لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام » (الهداية ٤٩٨/٥)
راجع لتخريج الحديث ص : ٢٣٤

٤ـ فى نسخة ب : « لم »

فيه كصفة الرداءة على ما عرف. فكان ملائما من حيث هو صفة له. كما إذا اشترى عبدا على أنه آبق فيصح، لأنه بيان عيب به. وبيان عوض البيع مما يوجبه العقد فإنه يفسد بالجهالة ويصح بالإعلام.

☆☆☆☆☆☆

مسألة

[الخلاف في حكم شرط الخيار أبدا]

إذا اشترى بشرط الخيار أبدا فالبيع فاسد[١] فإن أبطل من له الخيارُ الخيارَ قبْل مُضِي ثلاثة أيام عاد العقد جائزا[٢] إلا عند زفر[٣]

وهي مسألة البيع إلى الحصاد[٤].

☆☆☆☆☆☆

١ـ وذلك لأن خيار الشرط لا يجوز عند أبي حنيفة وزفر أكثر من ثلاثة أيام لحديث ابن حبان الذي سبق ذكره في مدة خيار الشرط. وعند أبي يوسف ومحمد: لايجوز إذا لم تكن المدة معلومة، لأن الخيار مشروع للتروي ليندفع الغبن. وفي شرط الخيار أبدا مخالفة لمقتضى العقد وغرر. ولا يلائم التجا

(فتح القدير لابن الهمام ٤٩٩/٥ والبحر الرائق ٨٤/٦ وراجع إلى المسألة السابقة)

٢ـ لاسقاط المفسد قبل تقرره؛ لأن ثبوته لمضي ثلاثة أيام عنده. (الهداية ٥٠١/٥).

٣ـ أي لم يعد جائزا؛ لأن العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا؛ لأن البقاء على وفق الثبوت.

(فتح القدير لابن الهمام ٥٠٠/٥ والعناية ٥٠١/٥) .

٤ـ لجهالة وقت الحصاد أيضا. راجع في ذلك ص : ٣٠٢

مســـألة

[الخلاف في حكم الشراء بشرط نقد الثمن إلى ثلاثة أيام]

إذا اشترى بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كان صحيحا عندنا استحسانا[١]

وقال زفر : لا يصح[٢] ، لأنه بيع بشرط الفسخ؛ لأن قوله: لابيع نص على رد البيع .

ولأن الملك يقع للحال ثم يبطل بعدم النقد بخلاف خيار الشرط / فإنه يمنع [٣٥١/ب]
الملك للحال ، فثبت أنهما غيران.

وهذا باب لايعرف قياسا ، فلم يجز القياس عليه، إلا أنا اتبعنا فيه[٣] عبدالله بن عمر[٤] فإنه مذهبه .

ولأنه بمعنى شرط الخيار . فذلك الشرط احتمل شرعا لعلة نقلت معه . وهي نفي الغبن بالنظر في المبيع متحريا للموافقة والغبن كما يلحقه بصفات المبيع. فكذلك يلحقه بعدم النقد. فالدين انقص من العين. فجوز هذا الشرط ليحترز به عن غبن عدم النقد كما جوز شرط الخيار ليحترز به عن غبن صفة المبيع إلا أنا لم نجوز فوق الثلاث، ويتعلق به نفي الغبن، لأن الشرع حد إيلاء العذر بثلاث. ولأن

١ـ ويصير البيع بمنزلة البيع الى ثلاثة ايام ويكون الشرط بمعنى شرط الخيار والمراد من هذا الشرط التحرز عن المماطلة ولدفع غبن عدم النقد . (العناية ٥٠٢/٥ والكفاية ٥٠٢/٥)

٢ـ راجع لقوله الى العناية ٥٠٢/٥

٣ـ هذا بيان وجه الاستحسان الذى ذهب إليه ابو حنيفة وصاحباه أبويوسف ومحمد بن الحسن .

٤ـ هو عبدالله بن عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما. سبق ذكره وترجمة حياته فى ص : ١١١ ذكر في العناية (٥٠٣/٥) بأنه باع ناقة له من رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما.

الفائدة لا تفوته بهذه المدة الا بتقصير منه .

✪✪✪✪✪✪

مســـألة

[الخلاف فى حكم البيع بشرط الخيار لثالث]

إذا اشترى بشرط الخيار لثالث لم يجز عند زفر قياسا . وقلنا : يجوز استحسانا[١]

وجه القياس : أن الخيار إذا شرط فى العقد صار من حقوقه فإذا شرط (لغير)[٢] العاقد كان فاسدا ، لأنه لا يلائم العقد بأن أوجب خلاف مايوجب العقد من كل وجه. فصار كما إذا اشترى بشرط أن (يوفى)[٣] الثمن فلان أجزاً .

إلا أنا نقول: الخيار إنما يثبت بالشرط. وشرط الثبوت لغيره شرطه أن يكون الشارط مالكا. فملكه محل نفاذ تصرفه، فاقتضى الشرط لغيره الشرط لنفسه أولا. ثم توكيل غيره بناء عليه. كما قلنا فيمن (قال)[٤] لآخر : « اعتق عبدك عنى » يصير كأنه اشترى ثم أعتق. فتصير المسألة بناء عليها. ولا يلزم إذا اشترى بشرط أن يوفى فلان الثمن. لا الثمن مما يلزمه بنفس العقد. فلم يكن الشرط للإيجاب ليوجب شرطه، بل كان لتغيير ما يجب بالعقد فكان فاسدا .

فإن قيل: إنكم قلتم فيمن وكل لآخر ببيع عبده على أن الآمر بالخيار لم يملك إلا بشرط الخيار له. ولا يثبت للعاقد. وفيه تغيير حكم العقد لا غير.

١ـ يرجع فى ذلك ايضا الى فتح القدير لابن الهمام ٥١٦/٥

٢ـ فى نسخة أ و ب : « لعين » . والصحيح « لغير » كما هو الظاهر من سياق الكلام وسباقه . وأشير إليه فى نسخة ب كتصحيح . راجع ايضا إلى بيان وجه القياس فى فتح القدير ٥١٦/٥ والعناية ٥١٦/٥ والبحر الرائق ٢٠/٦

٣ـ فى نسخة أ : « لا يوفر » وفى نسخة ب : « لا يوفى » . والصحيح ما أثبتناه من خلال الجواب على هذا الوجه حيث قال : « ولا يلزم إذا اشترى بشرط أن يوفى فلان الثمن » وذلك يلائم مع المعنى فى هذه المسألة . (راجع أيضا الى فتح القدير ٥١٦/٥ والعناية ٥١٦/٥)

٤ـ في نسخة ب : « قاله »

قلنا : إن هذا الوكيل ما ملك بيعا لازما فبالشرط ما غير حكم العقد الذي ملكه بل أداه على وجهه .

✪✪✪✪✪✪

مســـألة

[الخلاف فى حكم الشراء بشرط البراءة عن كل عيب]

إذا اشترى عبدا بشرط البراءة عن كل عيب[١] صح شرطه (عندنا)[٢].[٣]

وقال الشافعي: الشرط فاسد[٤] . وله فى البيع قولان[٥]

وكذلك الإبراء عن الديون المجهولة. وكذلك الصلح عن المجهول[٦]

وذهب إلى أن فى الإبراء معنى التمليك بدليل: أن الذي وقعت البراءة عنه حقوق تقبل النقل من ملك إلى ملك بالإرث. وكذلك بالشراء ممن عليه الدين.

وبدليل: أنه يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالخطر والاسقاطات كالطلاق والعتاق يصح تعليقها بالخطر ولايرتد بالرد .

ولا اشكال فى الصلح [٧] ، أنه عقد تمليك. وإذا كان تمليكا بطل بجهالة

١- العيب فى المبيع هو كل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار (الهداية ٤/٦) . سبق ذكر العيب وتعريفه فى ص :٢٢٤

٢- غير موجود فى نسخة :(أ)

٣- يرجع ايضا الى فتح القدير لابن الهمام ٣٨/٦ ، وبدائع الصنائع ٢٧٦/٥ ، والبحر الرائق ٦٦/٦) ذكر العبد فى المسألة ليس بقيد . بل يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب عند الحنفية سواء كان فى الحيوان وغيره . (فتح القدير ٣٨/٦)

٤- الظاهر عند الشافعية جواز الإبراء من العيب الباطن فى الحيوان الذى لا يعلم به البائع .
وقول ثان : جواز الإبراء مطلقا كما ذهب إليه الحنفية .
وقول ثالث : عدم جوازه مطلقا (المهذب ٢٩٥/١ وكفاية الأخيار ٤٨٠/١)
قال بعض الشافعية: إن المسألة على قول واحد وهو صحة الإبراء من عيب باطن فى الحيوان لم يعلم به البائع ولا يصح الإبراء من غيره.
فأما القولان الآخران فقد حكاهما الشافعى رحمه الله عن غيره ولم يختره لنفسه. (المهذب ٢٩٥/١)

٥- أحدهما : لا يبطل البيع لقضاء عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع فى قصة ابن عمر .
والثاني : يبطل البيع؛ لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط. فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذي تركه بسبب الشرط، وذلك مجهول. والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد : (المهذب ٢٩٥/١)

قال فى الاصطلام (١٠٢/٢ أ) . « البيع بشرط البراءة من العيوب باطل فى أصح الاقوال »

٦- يرجع إلى العناية ٣٩/٦ وتحفة الفقهاء ١٠٢/٢

٧- أى الصلح من الديون المجهولة (تحفة الفقهاء ٢ / ١٠٢)

قدر ما ملك كالبيع.

وهذا لأن فى الجهالة الفاحشة غدرا كما فى الشرط بخلاف الإبراء من العيوب الباطنة وجرح لا يدرى غوره، لأن ما لا يمكن الوقوف عليه ساقط العبرة لعدم الوسع.

ولنا : أن الإبراء إسقاط. فجهالة الساقط لا تمنع صحته قياسا على اعتاق عبده وطلاق نسائه وهو لا يدري كم هم. وهذا؛ لأن الجهالة بنفسها لا تبطل التمليكات بل لمعنى فيها. وهو تفويت التسليم الواجب بالعقد على ما بينا فى المسألة شراء شيء لم يره[١]

ألا ترى أن بيع قفيز من صبرة يجوز، لأنه لا يتفاوت فلا يؤدي إلى المنازعة وفوت التسليم. وبيع شاة من القطيع لا يجوز للمنازعة بينهما بسبب التفاوت، وفوات التسليم. والتسليم لايحتاج إليه فى الإبراء والصلح، لأن ما صولح عنه أو أبري مسلم كما فى الطلاق والعتاق[٢]

ولما كان مسلما ذهب عنه معنى الغرر. والغرر فى أن لا يدري المتملك كم يملك. وكم يقبض فلا يمكنه القبض. ولم تكن الجهالة كالتعليق بالشرط: لأن الشرط عينه خطر لا يدري أيقع ما علق به أم لا؟ وإبراء واقع للحال إلى ما أضيف إليه عاماً ولا خطر فيه، فقد وقع ووصل إليه.

والدليل على أن الإبراء إسقاط: أنه لا يصح تمليك الغير بهذه اللفظة،

١ـ راجع إلى ص : ٢١٤

٢ـ ولذا لا يؤدى الى المنازعة.

ولأنه[١] يصح بقوله: « أسقطت عنك ديونى ».

وكذلك المعنى؛ لأن المبرى عنه لا يستفيد على الحقيقة إلا براءة ذمته عن الوجوب.

وكذلك الحكم؛ لأنه يتم بلا قبول كالطلاق، والتمليك لا يتم إلا بالقبول.

وكذلك الصلح، فيه معنى الإسقاط. وأنه (يتم)[٢] إسقاطاً متى لم يمكن تتميمه تمليكا على ما بينا فى كتاب الصلح[٣]

وأما قوله: «إنه يرتد بالرد» فنعم، لما فيه من معنى التمليك حكما. وهذا الشبه لا يؤثر فى فساد ما قلناه، لأنا قلنا: أن محض التمليك لا يبطل بجهالة لا تفوت التسليم وبما احتوت يد المشترى عليه. (فما فيه معنى التملك إذا لم يفوت التسليم لا يبطل بالجهالة من طريق الأولى)[٤] وإذا ثبت أن الشرط جائز لم يفسد به العقد ؛ (لأنه يلائم العقد)[٥] من حيث (أنه)[٦] يجعله لازما، أو فيه بيان كون المبيع أنه معيب، ولأن (البيع)[٧] بشرط البراءة بيع فى الحقيقة على أن لا يكون للمشتري حق فى سلامة الوصف الذي كان يوجبه مطلق العقد . ويكون المستحق به صفة لزوم البيع مع العيب، وأنه[٨] حكم معلوم فيصح كما لو أبرأ عن عيب سماه، وكما لو شرط المشتري بشرط الكتابة، فإنه يثبت وإن كان لا يوجبه مطلق/ العقد، لأنه شرط زيادة وصف. إلا أنه لا يصح مالم يكن معلوما، لأن [٣٥٢/أ]

١ـ أي الإبراء
٢ـ فى نسخة ب : « يتمم ».
٣ـ راجع إلى (اللوحة ٤٣٢ ب من نسخة سراي احمد الثالث)
٤ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة «ا»
٥ـ غير موجود في نسخة ب
٦ـ غير موجود فى نسخة أ .
٧ـ فى نسخة ب : « المبيع »
٨ـ أي لزوم البيع مع العيب

المقصود به سلامة الوصف له. فلابد من إعلامه. والمقصود فيما نحن فيه لزوم البيع لا عين المشروط. واللزوم صفة معلومة.

✪✪✪✪✪✪

مســـألة

[الخلاف في حكم شراء الثمرة قبل الإدراك بعد ما صارت منتفعا بها]

إذا اشترى الثمرة بعد ما صار منتفعا بها قبل الإدراك جاز عندنا، وأجبر[١] على القطع[٢]

وقال المخالف:[٣] لا يجوز؛ لأن الناس يتعارفون شراء هذا على تقدير الترك أن يدرك. فيصير كالمشروط به بدلالة الحال.

ولو اشترى بشرط الترك كان البيع باطلا بالإجماع[٤]

وروى عن النبي عليه السلام: « انه نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهى».

قيل: يارسول الله! وما يزهى؟

قال: «أن يحمَّر أو يصفر»[٥]

ولنا: عمومات البيع (من غير تقييد)[٦]

والمعنى فيه: أن المبيع قابل للبيع لا فساد من قبله بدليل أنه لو اشترى بشرط القطع كان صحيحا بالإجماع[٧] وإنما الفساد عند الخصم لمعنى بشرط الترك

١ـ أي أجبر المشتري

٢ـ يرجع في ذلك إلى تحفة الفقهاء ٥٥/٢ ، وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٨/٥ والعناية ٤٨٨/٥ ، والبحر الرائق ٣٠٠/٥

٣ـ يعني به الشافعي رحمه الله . وهو أيضا قول مالك وأحمد بن حنبل رحمهما الله (يرجع الى المهذب ٢٨٨/١ والمنتقى للباجي ٢١٨/٤ وكشاف القناع ٢٨١/٣ والمغني ٩٣/٤) :

٤ـ راجع تحفة الفقهاء ٥٥/٢ وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٨/٥ والمنتقى للباجي ٢١٨/٤ والمهذب ٢٨٨/١ وكفاية الأخيار ٤٨٥/١ وكشاف القناع ٢٨١/٣ والمغني ٩٢/٤.

٥ـ الحديث متفق عليه سبق ذكره وتخريجه في ص : ١٥٣

٦ـ غير موجود في نسخة (أ).

٧ـ راجع تحفة الفقهاء ٥٥/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٨/٥ ، والمنتقى للباجي ٢١٨/٤ والمهذب ٢٨٨/١ ، وكشاف القناع ٢٨١/٣ والمغني ٩٢/٤. قال فيه : « أن يبيعها - يعني الثمرة التي لم يبد صلاحها - بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع؛ لأن المنع إنما

الثابت عرفاً. ولا يجوز أن يثبت الفساد للشرط؛ لأن مطلق البيع يوجب التسليم عقبيه.

والعرف في هذا الباب الترك على سبيل الإعارة والمنحة لا على سبيل الوجوب بالبيع، فلا يجعل[1] شرطا فيه، فيصبر واجبا به فيصير بخلاف العرف. ونهى رسول الله ﷺ كان لا لمعنى في عينه، فإنه لو اشتراه بشرط القطع صح، بل كان لمعنى في غيره. وهو أنه اشتراه على تقدير أنَّه يتركه عليه إلى أن يدرك. وربما لا يفعل فيندم. والنهي لمعنى في غيره لا يوجب الفساد بالاجماع.

✪✪✪✪✪✪

كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها ... »

١ـ فلا يجعل الترك

مســـألة

[الخلاف فى حكم شراء الثمرة على الشجرة بعد ما تناهت]

وإذا اشترى بعد ما تناهت الثمرة جاز. وأجبر[١] على القطع.

وقال الشافعي: يجبر البائع على الترك لما ذكرنا فى المسألة الأولى[٢]. أن المتعارف يصير كالمشروط.[٣].

وهذا كما قاله فى مسألة المصراة[٤] إنَّ التصريه تصير بمنزلة شرط غزارة اللبن على أصله بدلالة الحال. إلا أن الشراء بشرط الترك جائز فى هذه المسألة بخلاف الأولى[٥] . لأن الترك فى المسألة الأولى يوجب زيادة ثمرة له. وقد سميت فى البيع. فيصير بمنزلة مبيع زائد لم يدخل تحت أصل التسمية. والترك فى هذه المسألة لا يوجب زيادة فيبقى نفس الشرط. وإنه شرط متعارف فلا يوجب الفساد على ما يقول محمد[٦]

١ـ أي أجبر المشتري

٢ـ أي لتعارف الناس شراء الثمرة على الشجرة على تقدير الترك

٣ـ قال فى كفاية الآخيار ٤٨٦/١ : « واذا باع مطلقا يعنى بلا شرط استحق المشترى الابقاء الى أوان الجذاذ للعادة »

٤ـ المُصَرَّاة : هى التي لا تحلب أياما حتى يجتمع اللبن فى ضرعها. والمصدر تصرية. (الصحاح ٢٤٠٠/٦ والمصباح المنير ٣٣٩/١).

٥ـ أي أن شراء الثمرة على الشجرة بشرط الترك جائز عند الشافعية بعدما تناهت الثمرة بخلاف شرائها بشرط الترك قبل ذلك

٦ـ قال فى العناية (٤٨٩/٥) : « وأما إذا تناهى عظمها فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله - أي لا يجوز العقد بشرط الترك - وهو القياس : لأن شرط الترك مما لا يقتضيه العقد.

وأما محمد رحمه الله فقد استحسن فى هذه الصورة وقال: لا يفسد البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها. »

أشار ابن الهمام فى فتح القدير (٤٨٩/٥) بأن الطحاوي اختار صحة البيع بشرط الترك بعد بدو الصلاح لعموم البلوى. (راجع أيضا مختصر الطحاوى ص ٧٨).

مســـألة

[الخلاف فى حكم شراء الثمرة بعد ما تناهت بشرط الترك على الشجرة]

وأما إذا اشترى بشرط الترك فالبيع فاسد قياسا.

وقال محمد: يجوز استحسانا[١] ؛ لأن الترك متعارف. فأشبه ما إذا اشترى نعلا بشرط أن يحذوه البايع. وهذا؛ لأن القبض متعذر عقيب الشراء. ولا يرغب فى مسألة المشتري لجريان العادة بخلاف ذلك فى شراء أثمان الكروم. فيجوز بهذا الشرط دفعا للحرج بخلاف القياس كما جوز السلم.

ووجه القياس: ماروي عن النبى عليه السلام: « أنه نهى عن بيع وشرط »، و« نهى عن صفقتين فى صفقة واحدة »[٢]

وهذا صفقتان فى صفقة. فإن الثمن شرط بإزاء الثمرة وأنه بيع، وبإزاء منفعة الترك. وأنه إجارة.

والمعنى فيه: أنه شرط فاسد معتبر فيفسد البيع كشرط تعليم الكتابة وغيره[٣].

وإنما قلنا: شرط فاسد؛ لأن البيع يوجب المبيع[٤] لا غير. وهذا يوجب تسليم ماليس بمبيع حقيقة. فإن النخل غير الثمرة ولا منها حكما؛ لأنه يمكنه تسليم الثمرة دون (النخل)[٥] فلا يصير منها. فحكم الاتصال معتبر، لأن للمشتري فيه فائدة بخلاف شراء/ النعل بشرط الحذو، لأنه يصير فى المعنى شراء نعل محذو، لأن

١- يرجع الى فتح القدير لابن الهمام ٤٨٩/٥ والعناية ٤٨٩/٥ وتحفة الفقهاء ٥٦/٢
٢- سبق تخريجهما في ص : ٢٢٤ ـ ٣٠٥
٣- فى العبد المبيع
٤- أي يوجب تسليم المبيع على البائع
٥- فى نسخة ب : « النخيل »

الحذو بغير صفته فيلزمه التسليم بذلك الوصف كما إذا اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز. فإن الشراء يصح بذلك الوصف. إلا أن العبد متى لم يكن كاتبا لم يجبر على التسليم كاتبا؛ لأنه ليس فى وسعه ذلك. وههنا فى وسع البائع التسليم محذوا فيجبر عليه.

ولا يلزم على الجواب إذا اشترى عبدا بشرط أن يعلمه[١] الكتابة؛ لأنَّ التعليم ليس في وسعه[٢] فلم يمكن أن يجعل عبارة عن كينونة العبد كاتبا، بل عن تسليم نفسه للكتابة. وههنا فى وسع البائع جعل النعل محذوا. فأمكن أن يجعل كناية عنه. وبخلاف ما إذا اشترى دهنا فى زق[٣] على أن يسلمه الزق. فإنه يجوز؛ لأن الزق من الدهن فى حق التسليم حكما، لأنه لا يقوم بدونه ولا يقبل التسليم إلا بظرفه. ألا ترى أن التسليم بالزق يجب بغير شرط.

ولا يلزم[٤] إذا اشترى طعاما بدراهم على أن يوفيه إياه فى منزله من مصر ذلك. فإنه يجوز استحسانا: لأنا نجعله عبارة عن التسليم الواجب بالعقد، لا عن حمل بعد التسليم على ما بينا فى موضعه[٥] فصار بمعنى البيع بشرط التسليم. فيكون شرطا جائزا.

والجواب عن الحرج: أن القطع فى الحال ممكن لا تعذر فيه. وإنما المشتري يتركه لا لتعذره. ولكن لطلب زيادة من حيث (السكن)[٦] أو زيادة (

١ـ أي أن يعلم العبدَ الكتابة

٢ـ لأن التعليم والتعلم يتوقفا على الخبرة والذكاء والرغبة والممارسة والمذاكرة قد لا تكون لدى العبد رغبة فى التعلم ، أو لا يكون صالحا له من حيث الذكاء . والله أعلم

٣ـ الزق: الظرف. جمع القلة : أزقاق والكثير: زِقَاق وزُقَّان. قال فى لسان العرب: (١٤٣/١٠) «والزِّقّ من الأهب:كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه» ، والمصباح المنير ٢٥٤/١)

٤ـ احتراز عن سؤال مقدر وهو: ألا يلزمكم فى ذلك قولكم بالجواز فى شخص اشترى طعاما بدراهم على أن يوفيه إياه فى منزله من مصر ذلك، فإنه عقد فيه شرط الحمل ؟

٥ـ راجع الى ص : ٣٢٥ وما بعدها .

٦ـ فى نسخة (أ) : " المسكنى "

الثمرة)[1] بالترك. وحرج يلحق الإنسان فى فوات زيادة برومها ليس بالذي يوجب الرخصة. والسلم جاز بسبب حاجته إلى بيع ماليس عنده بسبب العسر فكان عذرا.

فمحمد اعتبر العادة . وهما[2] الحقيقة وفى الانتزاع من العادة ضرب حرج.

✪✪✪✪✪✪

٦ـ فى نسخة أ : « السكنى»

١ـ فى نسخة ب : « الثمر »

٢ـ يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف رحمهما الله

مســـألة

[الخلاف فى حكم شراء شيء بشرط أن يوفيه إياه فى منزله من المصر الذي عقدا فيه]

إذا اشترى طعاما بدراهم بشرط أن يوفيه إياه فى منزله من المصر الذي عقدا فيه جاز استحسانا[١] عند أبى حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لايجوز قياسا ؛ لأن النبى عليه السلام « نهى عن بيع وشرط »[٢]

ولأنهما صفقتان فى صفقة: لأن بيع العين يوجب التسليم فى مكان العقد . فيصير شرط الإيفاء فى منزله شرط حمل وعمل لم يوجبه البيع [٣]. وذلك إجازة دل عليه لو شرط بلفظ الحمل أو الإيفاء ببلد آخر وبقرية أخرى.

أو كان اشترى طعاما بطعام مثلا بمثل على أن يوفيه فى منزله (لم يجز)[٤] بخلاف شراء الثمرة بشرط الترك[٥] ؛ لأن التسليم عقيب الشراء متعذر ولا يرغب فى شرائه متى شرط ذلك. فيحرج الناس حينئذ فى بيع الثمار على رؤوس الشجر فيجوز على خلاف القياس دفعا للحرج، فلم يكن نقصا؛ لأن مواقع الحرج والضرورة مستثناة عن تحريمات الشرع بالنص. ولا حرج فيما نحن فيه، فالقبض متيسر فى مكان العقد. فبقى على أصل القياس.

١ـ قال فى بدائع الصنائع (١٧١/٥) : « إلا اذا كان فى تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا كما إذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الايفاء فى منزله . »
ولذا قيد مؤلف رحمه الله فى المسألة شراء الطعام بدراهم مع أن المسألة على إطلاقها من غير أن يتحقق الربا

٢ـ سبق تخريجه فى ص : ٢٣٤

٣ـ أي أنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري وبمثله يفسد العقد . (بدائع الصنائع ١٧١/٥)

٤ـ غير موجود فى نسخة(أ)

٥ـ أي بعد بدو الصلاح . وقبل ذلك لا يجوز بيع الثمرة على الشجرة بشرط الترك باتفاق الفقهاء رحمهم الله كما سبق ذكره فى ص :٢٢٢

ووجه الاستحسان: أنه بيع بشرط التسليم والقبض فكان شرطا صحيحا؛ لأن العقد يوجبه، وإنما قلنا ذلك لأن الايفاء عبارة عن التسليم لغة.

وكذلك المكان؛ لأن المصر الواحد مع تباين أطرافها جعلت فى حق مكان التسليم كمكان واحد شرعا وعرفا.

أما الشرع: فلأن إجازة الدابة للحمل إلى مصر كذا يجوز. ولا يجوز مع جهالة مكان التسليم. وكذلك فى باب السلم إذا بين المصر مكانا للتسليم صح.

وأما العرف فلأن المماكسة[1] لاتجري بين الراكب والمكاري فى الركوب إلى منزل الراكب بأي طرف كان منزله فكان شرطا للتسليم فى مكان العقد حكما/ لما صار مكان العقد مكانا للتسليم. والمصر كله فى حق التسليم كمكان [٣٥٢/ب] واحد، إلا أن البائع بغير شرط يخرج عن الواجب بأدنى ما ينطلق عليه اسم مكان التسليم. وإذا جاء الشرط وبيان الأعلى لزمه ذلك.

فأما إذا شرط بلفظ الحمل كان شرط عمل لا يوجبه العقد، فصار إجارة.

وكذلك فى مصر آخر[2] ؛ لأن التسليم إنما يكون فى المكان الذي يوجبه العقد. فإذا أضيف إلى مكان آخر لم يكن ماأوجبه العقد بوجه، بل كان شيئا آخر وتسليما غير تسليم العقد، فكان إجارة.

وبخلاف الحنطة بالحنطة؛ لأن التسليم فى بيته بشرط زيادة لنفسه ليس للآخر فيبطل كما لو شرط معه درهما أو ثوبا. فيكون الفساد بسبب فضل هو ربا لا

١ـ المماكسة: استنقاص الأجرة واستحطاطها والمنابذة بين العاقدين. من مَاكَسَ فى البيع مُمَاكَسَةً ومِكَاسًا: استنقص الثمن. والمَكْس : النقص والمكس في البياعة: انتقاص الثمن . (لسان العرب ٢٢٠/٦ والمغرب ٢٧١/٢)

٢ـ أي وكذلك الحكم إذا شرط المشتري أن يوفيه البائع المبيع فى مصر غير المصر الذى عقدا فيه

بسبب الشرط.

فمحمد بن الحسن فى هذه المسألة اعتبر الحقيقة وهما[١] العرف والحكم، وعند محمد عما قاله أبو حنيفة أن المصر كمكان واحد فى حق الامتياز عن سائر البلدان والقرى. فأما هو فى نفسها فأمكنة متفرقة. يمتاز كل منها عن البعض بأسماء خاصة.

فيكون على هذا اسم مكان العقد غير اسم مكان المنزل.

وقد ذكر فى باب السلم[٢] إذا اسلم دراهم فى شيء ليوفيه إياه فى منزله من ذلك المصر جاز استحسانا. وكان هذا والحمل سواء فى القياس. ولكننا نأخذ بالاستحسان فى الايفاء. ولم يذكر خلافا، ففرق بين الحمل والايفاء.

✪✪✪✪✪✪

١ت أي أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

٢- راجع ص :٣٦ /جـ٢ من هذه الرسالة.

مســـألة

[الخلاف فى حكم الجمع فى البيع بين مايجوز بيعه وما لايجوز بيعه]

إذا أسلم حنطة فى شعير وزيت، أوأسلم ثوبا قوهيا[١] فى قوهي ومروي[٢] ، أو اشترى عبدين كل واحد منهما بخمسمائة فإذا أحدهما حر فسد العقد كله عند أبى حنيفة[٣]

وقال صاحباه:[٤] يفسد فى الحر وحده والشعير والثوب القوهي. وجه قولهما : ظاهر. وهو أن الفساد إنما ثبت حيث المفسد الذي هو عليه.

والعلة المفسدة فى السلم الجنس أو الكيل. وذلك وجد مع أحدهما دون الآخر[٥]

والعلة فى مسألة الحر الحرية. وهي فى أحدهما دون الآخر وكانت هذه بمنزلة ما إذا اشترى عبدين كل واحد بألف. فإذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو مستحق أو أمتين فإذا أحداهما أم ولد. فإن البيع ينفذ فى الآخر[٦]

وكذلك إذا اشترى جراب[٧] مروي على أن فيه (خمسين)[٨] ثوبا كل ثوب

١ـ الثوب القوهى : ضرب من الثياب بيض منسوب إلى قوهستان. (الصحاح ٢٢٤٦/٦ ولسان العرب ٥٣٢/١٣ والمغرب : ٢٠١)

٢ـ الثوب المروي: الثوب المنسوب الى بلد مرو . سبق ذكره فى ص : ١٧١

٣ـ يرجع إلى الهداية ٨٩/٦ والبحر الرائق ٩٠/٦

٤ـ يعنى أبا يوسف ومحمد رحمهما الله -

٥ـ أي أن الشعير مكيل دون الثوب، فإنه مذروع. قال فى تحفة الفقهاء : « ولو أسلم الحنطة فى الزيت جاز عندنا، لأن أحدهما مكيل والآخر موزون، فكانا مختلفين قدرا. »

٦ـ يرجع أيضا إلى العناية ٨٩/٦ والبحر الرائق ٩٠/٦

٧ـ الجراب : اسم وعاء. معرب. وفى لسان العرب (٢٦١/١) : « وعاء من إهاب الشاء لا يوعى فيه إلا يابس.

والعامة تقول : الجَرَاب - بالفتح . وجمع الجراب : أَجْرِبَة وجُرُب وجُرْب . (لسان العرب ٢٦١/١)

٨ ـ فى نسخة (ا) " خمسون "

بعشرة. فإذا فيه تسعة وأربعون صح العقد فى الموجود؛ لأن المفسد هو العدم، فاقتصر الفساد على المعدوم.

وكذلك إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما ملكه صح فى الباقى.

ولا يلزم إذا اشترى عبدا بألف درهم ورطل[١] من خمر، فإن العقد يفسد كله لا بحصة الرطل؛ لأن الخمر لا قيمة لها فى حقنا. ألا ترى أن متلفها لا يضمن. والأبدال فى البيع إنما يأخذ الحصة بالقسمة. والقسمة تكون بالقيم. فما لا قيمة له لا ينقسم عليه البدل، فلا تثبت له الحصة. بل يبقى العبد بالألف ويبقى الرطل شرطا فاسدا دخل فى العقد . وانما دخل على الكل ففسد كله.

ولا يلزم إذا اشترى درهما بدرهم وثوب[٢] ، فإن العقد يفسد كله؛ لأن الدرهم بالدرهم متى قوبل وجبت المقابلة وزنا بوزن شرعا. لا بالقيمة على ما بينا فى مسائل الربا[٣] ، أو يكون تلك المقابلة مستحقة عندنا على ما بينا فيما إذا اشترى سيفا محلى بفضة بعضها فوقها وزنا[٤]

وإذا كان كذلك صار الدرهم بالدرهم كأنهما شرطا ذلك. فيبقى الثوب فضلا لا حصة له من الدرهم فيصير شرطا فاسدا على ما بينا فى مسائل الربا . فكان الفساد بسبب الشرط الفاسد الداخل على العقد كله.

وكذلك إذا دفع أرضه مزارعة[٦] بالنصف على أن البقر عليه والبذر على

١- سبق ذكر الرطل وتعريفه فى ص : ١٠٣

٢- احتراز عن سؤال: ألا يلزمكم إذا اشترى شخص درهما بدرهم وثوب فإن العقد يفسد كله ولا يكون العقد صحيحا فى الدرهم بالدرهم ويفسد فى الثوب ؟

٣- راجع ص : ٩٣ و ما بعدها ، ١١٥، ١٣٢

٤- راجع ص : ١٤٥

٥- سبق ذكره وتعريفه فى ص : ٢٢١ و سيأتى أيضاً فى ص ٢٨٢ من الجزء الثالث .

العامل فسدت المزارعة كلها[١] لا بإزاء البقر دون الأرض؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة عندنا [٢] وتتم شركة رأس المال فيها منافع الأرض والعامل لا غير، عرف شرعا بخلاف القياس.[٣] والربح هو الغلة تخرج مشتركة والمستأجر صاحب البذر. فمتى كان البذر من قبل العامل كان هو المستأجر لما يكون من قبل رب الأرض وقد شرط عليه نوعي منفعة: منفعة الأرض ومنفعة البقر. (ومنفعة البقر)[٤] لا تصلح رأس مال هذه الشركة، فصار دخولها في هذه الشركة كدخول الخمر في باب البيع فلا تتوزع العلة عليهما. بل العقد ينعقد على ما يصلح له. ويصير البقر شرطا فاسدا. أو متى شرط على العامل وعمله رأس المال ولا يتحقق العمل إلا بالنفي. صار آلة في جانبه[٥] فسقط اعتبارها أصلا وبقيت العبرة لعمل الزراعة وإنَّه صالح لرأس المال في الباب.

ومتى كان البذر على رب الأرض كأن هو المستأجر للعامل في الأرض ببعض الخارج. فلم يدخل البقر تحت الإجارة. فلا يصير إذا تمت شركة من رأس مال الشركة. فإنه إنما يصير شركة مادخل تحت الإجارة. فتلك الإجارة تصير شركة لا

١ـ قال في اللباب في شرح الكتاب (٢٢٩/٢) إذا كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة؛ لأنه لو قدر إجارة للأرض فاشتراط البقر على صاحبها مفسد للأرض إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض لاختلاف المنفعة؛ لأن الأرض للانبات والبقر للشق. ولو قدر إجارة للعامل فاشتراط البذر عليه مفسد؛ لأنه ليس تبعا له . »

٢ـ لذا عرف المزارعة في تحفة الفقهاء (٢٦٣/٢). بأنها « إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج » .

٣ فقد جاء في حديث متفق عليه عن أبي عمر رضي الله عنهما : « أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر اليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. » الحديث عند البخاري في مواضع. منها : ما في المزارعة / باب المزارعة مع اليهود (١٧٢/١٠) وهذا لفظه.

وعند مسلم في المساقات / باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣).

٤ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ـ أي في جانب العمل

غيرها .

ولايلزم إذا اشترى عبدين بألف[١] فإذا أحدهما حر؛ لأن الحر ليس بمال فلا يدخل تحت البيع. ولا يثبت الثمن الذي قوبل به فصار مشتريا العبد بحصته لو كانا عبدين وقسم على قيمتهما والحصة مجهولة ففسد العقد فى الحر بالحرية وفى العبد بجهالة الثمن حين الانتقاد.

واذا كان البدلان مالين عينين أو دينين كان المسمى مالا متقوما فصار محلا لورود العقد عليه فدخلا جميعا تحت العقد بالمسمى ثم فسد أحدهما لمانع فيتقدر بقدره .

ولم توجب جهالة الثمن طارئة بعد الدخول فسادا كما اذا استحق . والحد بين الذى يتوزع عليه البدل وما لا يتوزع عليه : ما يضمن بالغصب . لأنه لا يضمن بالغصب الا مال متقوم ، ولا يقسم الثمن الا على قدر قيمة المال . واذا سمى لكل عبد خمسمائة فلا جهالة فى نصيب العبد منهما .

ولأبى حنيفة : أنه بيع بشرط فاسد ، ولاثباته طريقان :

أحدهما : ما ذكرنا فى كتاب النكاح[٢] فيمن تزوج امرأتين بألف درهم فإذا أحدهما ممن لا يجوز نكاحها إياه لعدة من الغير أو محرمية.

قال أبو حنيفة: الألف كلها للتي صح نكاحها كأنها تزوجها بألف بشرط نكاح الأخرى بغير شيء.

فكذلك ههنا يصير كأنه اشترى الذي صح البيع فيه بالثمن كله بشرط تسليم

١- جواب عن سؤال مقدر وهو: ألا يلزمكم إذا اشترى شخص عبدين بألف ولم يفصل ثمن كل واحد منهما. فإذا أحدهما حر فسد البيع فى الكل عندكم أيضا؟

٢- راجع كتاب النكاح/ مسألة: إذا تزوج امرأتين أحدهما ممن فسد نكاحهما بوجه (٣١٤ ب من نسخة سراي أحمد الثالث.)

الآخر بيعا بغير شيء، فيصير كما إذا اشترى درهما بدرهم وثوب على مامر[١]

فأبو حنيفة لا يقابل الثمن بالمثمن مع الفساد شرعا كما فى تلك المسألة لعلة ذكرناها هناك .

ولا يلزم شراء عبدين فإذا أحدهما مدبر؛[٢] لأن عدم الجواز بحق المستحق كما لو كان أحدهما مستحقا لا بحق شرعي. وهذا لا يمنع صحة المقابلة بالتسمية كما فى بيع مال الغير بألف وإن منع النفاذ.

والوجه الآخر لبيان: أنه بيع بشرط تسليم شيء لا عوض له كشراء درهم بدرهمين أو درهم بدرهم وثوب، أو شراء عبد بألف ورطل / من خمر [٣٥٣/أ]

إن الخلاف ثابت فيما إذا اشترى عبدين كل واحد منهما بخمسمائة. فإذا أحدهما حر. والحر ليس بمال. وتسليم كل واحد منهما شرط لصحة الآخر. فإنهما لو كانا عبدين وقبل المشتري البيع فى أحدهما لم يصح. ولم يكن جوابا كما لو أسلم فى حنطة جيدة وأجاب بالرديئة.

وكذلك فى مسألة السلم[٣] ؛ لأن قبول العقد فى حصة الشعير فاسد؛ لأنه ربا. والشرع جعل الربا فاسدا ولأن أحد وصفى علة ربا الفضل. إنما يحرم النساء عندنا على طريق أن النقد أفضل. وأنه من جنس ربا الفضل كما إذا كانا نقدين من جنس واحد. ثم ذلك الفضل حرام من طريق أنه مال بيع بلا مال على ما بينا فى موضعه[٤]

١ـ فى ص :. ٢٢٩

٢ـ جواب عن سؤال مقدر وهو: ألا يلزمكم إذا اشترى شخص عبدين فإذا أحدهما مدبر فإن البيع صحيح فى العبد بحصته من الثمن؟
اتفق فى صحة ذلك أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله خلافا لزفر.
(العناية ٨٩/٦)

٣ـ أي فى مسألة إسلام حنطة فى شعير وزيت

٤ ـ رأ :سيج ص : ١٠٠ـ١٢٢

وإذا كان كذلك صارت علة الفساد شائعة فى الكل لا موجودة فى بعض المعقود عليه.

أرأيت لوأسلم حنطة فى زيت وثوب بدراهم ودينار على أن لا يكون بإزاء الدينار شيء من السلم؟ أليس العقد كله يفسد بهذا الشرط؟ فكذلك فى الفصل الأول لما كان الفساد لفضل النقدية. وحرمة هذا الفضل من طريق خلوه عن العوض بخلاف بيع عبدين فإذا أحدهما مدبر؛ لأن الفساد من قبل عجز البائع عن تسليم المدبر لحق له فى نفسه كما يعجز بسبب الاستحقاق أو الإباق. لا بشرط فاسد فى العقد فيتقدر بقدر العجز .

وهذا؛ لأن الفساد حق الشرع كالصحة. وإذا امتنع النفاذ لحق مستحق غير الشرع لم يكن فسادا. بل كان منعا من النفاذ بعد صحته لمانع. فالبيع صحة انعقاده يفارق النفاذ.

وكذلك أم الولد والمكاتب[١] لما ذكرنا[٢] أن المالية قائمة فيهم جميعا فكان محلا لاضافة العقد إليه والنفاذ فيها، وإنما يمتنع بمانع فيها، ولا مانع إلا استحقاق ثبت لهم أو لغيرهم منع البائع التسليم.

وكذلك عبدان أحدهما له مالان. والفساد كان لعدم الفائدة أو لحقه لا شرعا.

وإنما البيان (في شرط ماليس بمال)[٣] أو شرط مال بلا مال . وذلك لا يكون بيعا بيعا على الحقيقة ، فيبقى شرطا فاسدا . والحر ليس بمال على الحقيقة .

١ـ سبق ذكر أم الولد والمكاتب وتعريفهما فى ص : ١٨٩ ، ٩٠

٢ـ فى بيع عبدومدبر

٣ـ مابين قوسين فى نسخة (ب) : « فى شرط ماليس بمال ، أو شرط مال بمال »

والزيادة فى أموال الربا فى حكم المشروط بلا عوض على ما مر القول فيه[١]

فكلام أبي يوسف ومحمد أظهر. وكلام أبي حنيفة أحق.

وليس ما يقوله الناس. إن الفساد فى أحدهما قوي؛ لأنه مجمع عليه بشيء؛ لأن الخلاف ثابت فى القوهي بالقوهي والمروي.

عند الشافعي: هذا جائز كما قال فى بيع المدبر والعبد أنه جائز[٢] ، والفساد فى الجراب إذا كان الثياب تسعة وأربعين فى الثوب المعدوم ثابت بالاجماع.

وأما الجواب عن الجراب الهروي[٣] : إما على الطريق الأول. فإنا إنما نجعل الثمن كله بإزاء الصحيح إذا لم يوجد الفضل بالتسمية.

وعلى الطريق الثاني: فإن شرط تسليم المعدوم ضائع لا فائدة فيه لأحد. وبمثل هذا الشرط لا يفسد العقد. إلا أنه يبطل بما إذا لم يسم لكل ثوب ثمنا ؛ لأن الثمن يقابل كله. يقابل الموجود على أصله وفسد سبب شرط تسليم المعدوم لا غير.

وقد قيل : إنه على الاختلاف.

✪✪✪✪✪✪

١- في مسائل الربا وعلتها

٢- روضة الطالبين ٢٦٧/٣

٣- أي إذا اشترى جراب هروي على أن فيه خمسين ثوبا كل ثوب بعشرة، فإذا فيه تسعة وأربعون.

فصل خيار الشرط الجائز

[مسألة: الخلاف في حكم وراثة خيار الشرط]

قال علماؤنا : خيار الشرط لا يورث[١]

وقال الشافعي : يورث[٢] لآية الميراث[٣] ولقول النبي عليه السلام : « من ترك مالا أو حقا فلورثته »[٤].

ولأنه خيار ثبت في بيع صحيح فيورث قياسا على خيار العيب وخيار تعيين المبيع فيما إذا اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار[٥] وخيار الرؤية على أصلكم.

ولأنه حق لازم[٦] ثبت في عين مبيعة؛ لأن التصرف به هو الفسخ ومحله المبيع.

ولأن الحقوق إذا ثبتت مقصودة ورثت كالأملاك نحو حق الرهن والقصاص.

١ـ يرجع للمسألة الى تحفة الفقهاء ٧٢/٢ والهداية وشروحها ٥١٤/٥ ـ ٥١٥

٢ـ إنَّ أصل المسألة راجع إلى صحة توريث الحقوق أو عدم صحتها. فإن الحقوق تورث عند الشافعية لا تورث عند الحنفية. قال في الاصطلام (٨١/٢ ب): « خيار الشرط موروث عندنا. وعندهم لا يورث » ثم علل ذلك بقوله: « إنه حق من حقوق المال فيورث كسائر الحقوق المالية مثل حق الرهن وحق الكفالة وحق حبس المبيع. وهذا لأن الحقوق محل الإرث مثل الأعيان بدليل قوله عليه السلام: « من ترك حقا أو مالا فلورثته »؛ لأن الحقوق معصومة مثل أعيان المال ولا يضيع بموته؛ لأن الموت غير مضيع للحقوق ... »(راجع أيضا لصحة توريث خيار الشرط إلى المهذب ٢٦٦/١ ومغنى المحتاج ٤٦/٢)قال فيه: « ولو شرط خيار يوم فمات أحدهما في أثنائه فزاد وارثه مع الآخر خيار يوم آخر جاز »

٣ـ أي لقوله تعالى: ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوٰلدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوٰلدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾ ولعموم آيات الميراث .

٤ـ الحديث : لم أجده في كتب الحديث إلا بلفظ « مالا » أي لم أقف في كتب الحديث على كلمة « حقا »

الحديث بذكر المال (دون ذكر الحق): عند مسلم - في كتاب الفرائض / باب من ترك مالا فهو لورثته (١٢٣٧/٣ ، ١٢٣٨) وأبي داود - في الفرئض / باب في ميراث ذوى الأرحام (١٦٩/٤ ـ١٧٠) والترمذي - في الفرائض / باب ما جاء من ترك مالا فلورثته (٤١٣/٤) وابن ماجه - في الفرائض / باب ذوى الأرحام (٩١٥/٢)

٥ـ أن يأخذ أيهما شاء. قال في العناية (٥٢١/٥) : « من قال : اشتريت أحد هذين الثوبين على أن لي أن آخذ أيهما شئت بعشرة دراهم إلى ثلاثة أيام. فالبيع جائز استحسانا. » وهذا الخيار يسمى خيار التعيين. (راجع أيضا فتح القدير لابن الهمام ٥٢١/٥)

٦ـ أي حق لازم حتى أن الطرف الآخر في العقد لا يملك إبطاله (فتح القدير لابن الهمام ٥١٥/٥)

وكذلك المسلم إذا أخذ ماله الكفرة ثم اشتراه مسلم، فللأول حق الاسترجاع على أصلكم ولو ما ثبت للورثة ذلك.

ولهذا قلنا: إن حق الشفعة[١] يورث لأنه حق لازم ثبت فى عين مبيعة.

أو نقول بالخيار يصير البيع غير لازم. وقد انتقل البيع إلى الوارث بوصفه. وإنما قلنا: « انتقل إليه » لأنه يملك فسخه، وإنه[٢] تصرف في العقد فلا يصح ما لم ينتقل إليه.

واحتج محمد بن الحسن بأن الخيار مشيئته[٣] ومشيئتهلا تورث ولا إشكال فيه. فإن مشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرته، ولا ينتقل إلى غيره؛ لأنها وصفه، والوصف لا يبقى بدون الموصوف.

وإنما قلنا: « خياره مشيئته؛ لأن تفسير الشائي أن يكون فاعلا عن ملك واختيار، لا عن أمر أو أخبار. وهو تفسير الخيار والمختار فى فعله على الإطلاق. ألا ترى أنه إذا اشترط الخيار لنفسه بقى على مشيئته، إن شاء ألزم البيع وإن شاء فسخه.

فإن قيل: عندنا لا يورث خياره ولا مشيئته، ولكن البيع بشرط الخيار صار غير لازم فيورث كذلك غير لازم. وللوارث فى العقود التى هي غير لازمة خيار الفسخ كما قلنا فى البيع مع العيب[٤]

قلنا بناء أن ننظر أن العقد يصير غير لازم بوجوده مع شرط الخيار، أو بثبوت الخيار حقا للمشروط له وبقائه[٥] كذلك حقا له[٦]. فمنع بقاء الخيار اللزوم.

١ـ سبق تعريفها فى ص: ١٩٦

٢ـ أي أن الفسخ

٣ـ قال فى الهداية (٥/٥١٥): « إن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب؛ لأن المورث استحق المبيع سليما، فكذا الوارث. فأما نفس الخيار لا يورث ... »

٤ـ راجع ص: ٣٩٢

٥ـ أي بقاء الخيار

٦ـ أي للوارث

فقلنا: صار غير لازم لقيام الخيار حقا للمشروط له بدلالة: أنه متى سقط بسبب ما صار لازما. كما لو اشترى على أنه بالخيار فقبض وتعيبت السلعة عنده فى مدة الخيار أو أسقطه.

فكذا فى حق الوارث؛ لأنه يبقى غير لازم إلا ببقاء الخيار الثابت بالشرط. وذلك الخيار ثابت للعاقد صفة له، وانقطع لموته. ولم يصر ميراثا للوارث. فيصير البيع لازما كما لو لم يمت. وسقط الخيار بالعيب. وهذا كما لا يورث عندكم خيار المجلس لو مات أحدهما فى المجلس ويصير البيع لازما[١]

وكذلك البيع بأجل، غير موجب للمطالبة بالثمن، وإذا مات المشتري وجبت المطالبة بالبيع؛ لأن المطالبة تأخرت بقيام الأجل. والحق الثابت بالأجل براءة المشتري عن المطالبة. وهي صفته فلا يورث عنه. وإذا لم تورث البراءة - وهي المانعة عن المطالبة - وجبت المطالبة.

فإن قيل: الموروث هو العقد بشرط؛ لأنه[٢] صار حقا فيه[٣] ، وأنه مثبت[٤]

قلنا: إنه يبطل بالأجل. ولأن العقد والشرط كلام مضى فلا يورث. وإنما يورث ما بقي بعد موته، لا ما ذهب. وكذلك شرط الأجل.

وإنما هذا أغلط من القائل لقلة تأمله فيما يقول. ألا ترى أن المنافع الماضية

١ـ في سقوط خيار المجلس بالموت أو انتقاله إلى الوارث قولان عند الشافعية:
أحدهما: أنه يسقط الخيار؛ لأنه إذا سقط الخيار بالتفرق فلأن يسقط بالموت والتفرق فيه أعظم وأولى.
والثاني: لا يسقط؛ لأنه خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط. قال صاحب المهذب الشيرازى (٢٦٦/١): « هو الصحيح »

٢ـ أي لأن الشرط

٣ـ أي فى العقد

٤ـ أي أن الشرط مثبت للخيار

فى حال حياة الميت لا تورث عنه ولا يتصور. وإنما يورث ما يجب بالعقد وبالشرط الذي يتصور / باقيا بعد الموت. [٣٥٣/ب]

فأما ما يبطل به[١] كالمدبر وأم الولد فلا يورث أيضا.

والثابت بالعقد ملك المبيع وأنه يبقى بعده[٢] فيورث. والثابت بالشرط ماأوجبه به. وهو خيار أوجبه لنفسه؛ لأنه قال: على أني بالخيار، كقولك لعبدك: على أنك حر « وأنه ينقطع بموته فلا يتصور الإرث فيه، كقولك: « اشتريت بألف إلى شهر.» أي على أني بريء من المطالبة إلى شهر. كما لو اشترى بألف حالة ثم أخر عنه[٣] إلى شهر.

فأما ملك الوارث فسخ العقد فلأنه ورث الملك الثابت بالبيع فى المبيع، وقام مقامه وصار كالثابت عنه فى استيفاء حقوقه بالأمر حال الحياة فيما ورث وبقي. وملك الفسخ للمشتري كان بقيام الملك الثابت بالبيع حقا من حقوقه، لا لأنه عاقد أو العقد للحال قائم. فإنه كلام ماض. فلما قام الوارث مقامه فى ذلك الملك بعينه ملك الفسخ بذلك الملك أيضا. لا لأنه ورث العقد.

ألا ترى أن الوكيل (بالشراء)[٤] إذا اشترى لا يملك الفسخ وهو عاقد. والموكل يملكه وما عقد؛ لأن الملك به (ثبت)[٥] له بخلاف خيار العيب،لأنه ثبت للمشتري معنى فى المبيع. وهو أن (الشراء)[٦] أوجب له ملك المبيع سليما عن العيوب بإيجاب الشرع، كما لو شرط وقال: اشتريت على أنه سليم عن العيوب.

١ـ أي بالموت
٢ـ أي بعد موت المشتري المشروط له الخيار
٣ـ أي أخر البائع عن المشترى مطالبة الثمن
٤ـ فى نسخة ب : « بالشرى »
٥ـ فى نسخة ب : « ثبتت »
٦ـ فى نسخة ب : « الشرى »

أو على أنه خباز أو كاتب. ولما وجب له المبيع بهذا الوصف انتقل المبيع إلى الوارث كذلك؛ لأنه باق بعد موته. ولما ثبت للوارث بهذا الوصف ولم يجده. كذلك ثبت له خيار الفسخ ابتداء كما ثبت للمشتري كما يملك الإقالة[1] بالتراضي بالملك لموروث، لا أنه إرث عن المشتري.

ألا ترى أنه متى امتنع الرد بالعيب لعيب حدث عند الوارث رجع بجزء من الثمن. والثمن لا يقابل إلا المبيع.

ونحن إنما أنكرنا إرث العقود والشروط والخيار وما لا يبقى بعد الموت لا مايبقى بعد الموت من الأملاك الثابت للميت.

فإن قيل: الجزء الفائت بالعيب غير باق.

قلنا: نعم، ولكن الشرع ألحقه بالقائم تبعا لأصله بأن جعله مستحقا للمشتري بشرائه. فكذا في حق الوارث.

وأشبه ما إذا اشترى وهو سليم ثم فات وصف قبل التسليم قبل موت المشتري أو بعده. أليس إذا فات بعد موته كان خيارا مبتدءا للوارث لا موروثا !؟

وكذلك الأول لما ألحقه الشرع بالقائم حكما في استحقاق المشترى إياه بالشراء تبعا للأصل.

فالخيار في مسألتنا هو الحكم الأصلي. وحكمه راجع إلى العقد، فلا يبقى الحكم بدون أصله. وفي العيب الحكم الأصلي بالبيع صفة سلامة استحقها المشتري

١ـ الإقالة في اللغة: الرفع من أقال - يُقيل إقالة
قال في المصباح (٥٢١/٢) : «أَقَالَ الله عثرته إذا رفعه من سقوطه. ومنه الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد.
وفي الشرع: هي عبارة عن رفع العقد .(يرجع إلى البحر الرائق ١٠١/٦ ، وأنيس الفقهاء: ص٢١٢»)

ووارثه. وحكمه عند عدمه في إثبات الخيار لمالك المبيع فأوجب للوارث لما قام مقامه في ملكه كأنه هو لقيامه مقامه في السبب.

ألا ترى أن الوكيل بالشراء إذا اشترى على أنه بالخيار لم يثبت للموكل بثبوت الملك له (ويجب له خيار العيب بثبوت الملك له)[١]

وكذلك خيار الرؤية عندنا لا يورث[٢] ، ولكن لما ثبت للمشتري؛ لأنه ملك المبيع مجهول الوصف لعدم الرؤية، والوارث بعد موته قائم مقامه نائبا عنه في الملك ثبت للوارث كذلك ابتداء.

وههنا العلة هو الشرط ولم يقم الوارث مقامه[٣] في الشرط.

وكذلك إذا اشترى أحد ثوبين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بعشرة ويرد الآخر. فمات لم يورث الخيار الثابت بالشرط وسقط بالموت، لكن ورث المبيع، وهو مجهول، فثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين فصار الأصل: أن خيار الفسخ متى ثبت لوصف ثابت للمبيع ثبت للوارث لانتقال المبيع إليه بوصفه. فثبت له خيار مبتدأ لا موروث كخيار الإقالة.

ومتى ثبت الخيار أصلا بالشرط أو بالعقد ثم تعدى حكمه إلى المبيع انقطع بالموت. وارتفع حكمه؛ لأن نفسه لا يورث. وهو علته كذلك لم يورث.

ولهذا نقول: خيار الشفعة[٤] لا يورث؛ لأنه مشيئة للشفيع بين أن يأخذ المبيع بشراء وبين أن يدعه بملك كان له عند الشراء لا بالقائم عند الأخذ. والخيار لا

١ـ مابين القوسين غير موجود في نسخة ب .
٢ـ هذا جواب عن قياس الخصم خيار الشرط على خيار الرؤية على أصل الحنفية في إرث الخيار
٣ـ أي مقام المشتري
٤ـ سبق تعريف الشفعة في ص : ١٩٦

يورث على مامر. والملك القائم عند الشراء لم يصر للوارث. وإنما صار له بقي بعد موته. وبهذا لا تجب الشفعة ابتداء.

ولا يلزم ملك أخذه الكفار من المسلمين ثم اشتراه رجل[١] ؛ لأن للمالك القديم خيار الاسترداد. فلو مات ثبت للوارث؛ لأنه كان يسترده بملكه القديم قبل أخذ الكفار ليفيده بالأخذ ثانيا فيصير كأن لم يخرج عنه. والوارث قام مقامه فيه؛ لأنه متى استرده عاد إلى ملك الميت، ثم يصير ميراثا له عنه حتى يقضى منه ديون الميت.

وفي الشفعة إذا أخذه الوارث صار ملكا له مبتدءا كما لو اشتراه، لا إرثا عن الميت.

فالخصم جعل ما اتصل بالبيع من صفة البيع غير لازم بالشرط.ثم أثبت الخيار كما في العيب. ونحن أثبتنا ذلك لما بينا من الفرق بينهما. فهذا مزل القدم.

ولخصم كلام حسن فى عذر الأجل فى أنه لا يورث. وهو أن الإرث عبارة عما يجب للوارث خلفا عن الميت، لا عما يجب على الوارث. والأجل لو بقي لبقي عليهم[٢] ؛ لأن قسمة التركة بينهم إنما تكون بعد دين الميت. كذلك شرع الله تعالى[٣] . فيصير الأجل مانعا إياهم عن القسمة . لو بقي فكان عليهم لا لهم، فلا يكون إرثا. وأما الخيار لو بقي لبقي لهم على الوجه الذي كان (يكون)[٤] للميت . (فلذلك ورث)[٥]

١- أي رجل من المسلمين
٢- أي على الوارث
٣- قال الله عز وجل : ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ النساء -١١
٤- غير موجود فى نسخة (أ)
٥- غير موجود فى نسخة (أ)

مســـألة

[الخلاف في حكم وقت انتقال ملك المبيع المشروط فيه الخيار]

خيار الشرط يبقى ملك المشروط في يد له عليه[١]

وقال الشافعي في قول: لا يبقى[٢]« لأنه لم يدخل على البيع. فانه منعقد بالإجماع للحال. وإذا تم البيع أوجب حكمه. ولم يمتنع بسبب الخيار كما في خيار العيب وخيار الرؤية على أصلكم. ولأن الخيار شرط للفسخ لا للإيجاب.

ألا ترى أن الفسخ لا يثبت إلا بمباشرة بحكم الخيار. والبيع يلزم بنفسه متى سقط الخيار.

إلا أنا نقول: الخيار دخل على حكم العقد؛ لأنه قال: « بعت على أني بالخيار» قرن الخيار بالعقد ثم العقد نفسه واقعا إيجابا، فلا يتصور وقوعه باختياره بعد ذلك فثبت أن الخيار في حكمه أي الحكم لا يجب (إلا باختياره)[٣] /ليستقيم [٣٥٤/أ]

١ـ أي في يد البائع على المشتري إذا كان الخيار للبائع.(راجع للتفصيل في فروع ذلك إلى تحفة الفقهاء ٧٦/٢ ـ٧٧ ، والهداية وشروحها ٥٠٣/٥ ـ٥٠٥)

٢ـ عند الشافعية ثلاثة أقوال في الوقت الذي ينتقل الملك في البيع الذي فيه خيار الشرط:
الأول: ينتقل الملك بنفس العقد. وعللوا ذلك بأن العقد عقد معاوضة يوجب الملك. فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح.
والثاني: أنه ينتقل بالعقد وانقضاء الخيار. وعللوه بأن المشتري لا يملك التصرف في المبيع إلا بالعقد وانقضاء الخيار، فدل على أنه لا يملك إلا بهما.
والثالث: أن الملك موقوف مراعى. فإن لم يفسخ العقد تبين أنه ملك بالعقد. وإن فسخ تبين أنه لم يملك؛ لأنه لا يجوز أن يملك بالعقد؛ لأنه لو ملك بالعقد لملك التصرف. ولا يجوز أن يملك بانقضاء الخيار؛ لأن انقضاء الخيار لا يوجب الملك. فثبت أنه موقوف مراعى. معنى « موقوفٌ »: لا ينفذ فيه حكم ملك أحد العاقدين. ومعنى « مراعى »: أي منتظر. (النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ٢٦٦/١)
قال في المنهاج (٤٨/٢) : « والأظهر أنه إن كان الخيار للبائع فملك المبيع له وإن كان للمشتري فله، وإن كان لهما فموقوف، فإن تم البيع بان أنه للمشتري حين العقد وإلا فللبائع . » (يرجع الى المهذب ٢٦٦/١ ومغنى المحتاج ٤٨/٢)

٣ـ تكرر في نسخة ب

إثبات الخيار له فيما دخل عليه من العقد فحكم العقد منه.

فأما الفسخ فتصرف مبتدأ غير مذكور. فلا معنى لا ثبات الخيار (فيه)[١]على أنه لما دخل على العقد ومنع إيجاب حكمه إلا باختياره بقي غير لازم. فملك الفسخ كما يملك فسخ العقود والتي ليست بلازمة من نحو الوديعة[٢] والإعارة[٣] وشراء المعيب لا بالشرط. بل بحكم أنه عقد غير لازم. وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة لزم لزوال الشرط المانع. فثبت أن الشرط لم يشرط للفسخ، ولكن لكي (لا يلزمه الحكم)[٤] إلا باختياره.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ غير موجود في نسخة ب

٢ـ الوديعة : في اللغة مأخوذة من أَوْدَعْت زيدا مالا واسْتَوْدَعْته إياه: أي دفعته إليه ليكون عنده وديعة.
فأنا مُوْدَع ومُسْتَوْدَع وزيد مُوْدَع ومستودع والمال: مُوْدَع ومستودع أيضا أي وديعة.
الصحاح ١٢٩٦/٣ ، والمصباح المنير ٦٥٣/٢ والمغرب ٣٤٦/٢)
وفي الشرع : هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا
(التعريفات للجرجاني ص ٢٥١ ، والكفاية ٤٥١/٧ ونتائج الأفكار ٤٥١/٧)

٣ـ الإعارة: في اللغة هي تداول الناس بينهم.
يقال: أَعَارَ الشيءَ وأَعَارَه منه وعَاوَرَه إياه. قال في اللسان (٦١٨/٤) : « والعارية والعارة: ما تداولوه بينهم »
والمُعَاوَرَة والتَّعَاوُر: شبه المداولة (لسان العرب ٦١٨/٤ ، والمصباح المنير ٤٣٧/٢)
وفي الشرع: هي تمليك المنافع بغير عوض. (العناية ٤٦٤/٧ ، وعقود الجواهر المنيفة ٧٨/٢ والتعريفات ص ٣٠)

٤ـ في نسخة ب : « لا يلزم » مكان « لا يلزمه الحكم »

مســـألة [تابعة لما قبلها]

وأما المشروط له الخيار فلا يملك بدل صاحبه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يملك [١] وذهبا إلى أن المانع هو الشرط. ولا شرط فى جانب صاحبه فيعمل العقد عمله فى الخروج عنه إلى ملك الآخر. كما لو عري الشطران عن الشرط.

ولا معنى لقول من يقول: إن فيه[٢] اجتماع الثمن والمثمن فى ملك واحد؛ لأن هذا ممتنع بمطلق البيع؛ لأنه معاوضة على سبيل المساواة[٣]. فأما إذا جاء الشرط المغير بغير بقدره كما يتغير حكم المطالبة بالأجل وجانب الخروج بالشرط.

١ـ قال فى تحفة الفقهاء (٧٦/٢ ـ ٧٧): « الخيار إذا كان للعاقدين لا يكون العقد منعقدا فى حق الحكم فى حقهما جميعا.
وإن كان الخيار لأحد العاقدين فلا شك أن العقد لا ينعقد فى حق الحكم فى حق من له الخيار .
وأما فى حق الآخر فهل ينعقد فى حق الحكم، وهو الحكم الذى يثبت بفعله ـ أعنى ثبوت الملك فى المبيع بتمليك البائع، وثبوت الملك فى الثمن بتمليك المشترى؟
قال أبو حنيفة: لا ينعقد .
وقال أبو يوسف ومحمد: ينعقد . حتى إن الخيار إذا كان للبائع لا يزول المبيع عن ملكه، ولا يدخل فى ملك المشترى.
فأما الثمن فهل يدخل فى ملك البائع؟ فعند أبي حنيفة: لا يدخل بأن كان الثمن عينا، ولا يستحق عليه الثمن للبائع إن كان دينا.
وعندهما: يدخل ويجب الثمن للبائع.
وإن كان الخيار للمشتري لا يستحق عليه الثمن ولا يخرج عن ملكه إذا كان عينا.
«وهل يدخل المبيع فى ملك المشتري؟
عند أبي حنيفة: يزول عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشتري .
وعندهما يدخل ».

٢ـ أي فى المشروط له الخيار

٣ـ بهذا عال أبو حنيفة قوله في أن خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع إلا أن المشتري لا يملكه. ذكره فى فتح القدير (٥٠٥/٥) فقال: « ولأبي حنيفة ـ رضى الله عنه ـ أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه ـ يعني ملك المشتري المشروط له الخيار ـ فلو قلنا: إنه يدخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع فى ملك أحد المتعاوضين حكما للمعاوضة. ولا أصل له فى الشرع. وأني يكون والمعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين فى تبادل ملكيهما »

وهذا؛ لأنه ليس تحت الاجتماع إلا تأخر حكم. فإنه يوجب ملكا بملك. وقد أوجب الملك فيما نحن فيه لا يملك. و (التأخر) [١] صحيح بمانع. هو يعرض الزوال كما صح فى نفس تأخر زوال الملك من جانب من له الخيار.

وكذلك الهبة بشرط العوض إذا قبض أحدهما دون الآخر ثبت له الملك. وما خرج العوض عن ملكه وأنها[٢] تتم بيعا[٣]

ولأبى حنيفة: أن العقد يوجب حكمه فى جانب البايع والمشتري. فإذا دخل الخيار فى أحد الجانبين والخيار داخل على حكم العقد على ما مر[٤] امتنع عن عمله فى جانبه كما لو دخل على الجانبين جميعا. وإذا امتنع عن العمل فى جانبه لم يوجب له وعليه[٥]

فأبو حنيفة اعتبر جانب العاقد وهما اعتبر جانب العقد.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ فى نسخة ب : « التأخير »

٢ـ أي أن الهبة بشرط العوض

٣ـ والظاهر أن ذكر الهبة بشرط العوض بهذا الوجه غير سديد. والله أعلم. لأن من شرط الهبة بشرط العوض التقابض فى العوضين . وذلك لأن الهبة من التبرعات. والتبرع لا يتم الا بالقبض. قال فى مجلة الأحكام العدلية المادة : ٨٤١ (شرح المجلة (ص ٤٦٤) : « القبض فى الهبة كالقبول فى البيع »

فإن تقابضا يتم العقد ويصير فى حكم البيع. قال القدوري فى الكتاب (اللباب فى شرح الكتاب ١٧٧/٢) : « وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض فى العوضين وإذا تقابضا صح العقد وصار فى حكم البيع »

(راجع أيضا الهداية ٥٠٩/٧ ، والبحر الرائق ٢٩٥/٧ وشرح المجلة ص ٤٦٩).

٤ـ راجع ص : ٣٤٢

٥ـ أي لا يملك مال صاحبه و لا صاحبه يملك ماله

مسألة

[الخلاف في حكم فسخ من شرط له الخيار العقد في غياب الآخر]

المشروط له الخيار إذا فسخ العقد بغير محضر[١] من الآخر لم يصح حتى يعلم به الآخر.

رجع أبويوسف وقال: يصح[٢] ؛ لأنَّ الخيار ثابت له بين الفسخ والإجازة.

ثمَّ الإجازة تتم بغير محضر الأخر. وكذلك الفسخ، بل أولى؛ لأنَّه[٣] شرط للفسخ لا للنفاذ. فالنفاذ ثابت بدون الخيار. ولأن الفاسخ تصرف على الغائب عن تسليط من قبله بغير علمه ومحضره قياساً على الوكيل إذا باع، والمرأة المخيرة[٤] إذا بلغها الخبر وهي غائبة فاختارت نفسها.

وإنَّما قلنا: «عن تسليط» لأنَّه يمكن منه شرط الخيار. وما ثبت الشرط بهما جميعاً.

ولأنَّ الخلاف ثابت فيما لو قال البائع للمشتري: «بعتك على أنَّك بالخيار ثلاثة أيام» فقبل المشتري فيكون الخيار ثابتاً بنص البائع وإيجابه له.

ولأنَّ فائدة هذا الخيار أن لا يلزمه[٥] حكم العقد إلا برضاه فلو لم يملك الرد بنفسه (يضرر)[٦] بفوت فائدته (فإن)[٧] الآخر يغيب في مدَّة الخيار فيلزمه العقد

١ـ المراد بالحضرة هنا: العلم حتّى لوكان الطرف الآخر حاضراً ولم يكن عالماً بفسخه لايصح (تحفة الفقهاء: ٧٩/٢ ـ ٨٠ ، والهداية: ٥١١/٥)

٢ـ يرجع إلى الهداية: ٥١١/٥ ، وتحفة الفقهاء: ٧٩/٢ ، والبحر الرائق: ١٧/٦ ، وذكر في تحفة الفقهاء (٧٩/٢) فقال: « وروي عنه رواية أخرى عن أبي يوسف أنَّه قال: إن كان الخيار للمشتري لا يملكه فسخه بغير محضر من البائع »

٣ـ أي لأن الخيار

٤ـ بين طلاق نفسها والزواج

٥ـ أي لا يلزم المشتري

٦ـ في نسخة (ب): «تضرر»

٧ـ في نسخة (ب): «فإلى»

بغير رضاه. والضرر منفي في الإسلام بالنص[١] والعقل فيمكن من الرد نفياً للضرر

١ـ وهو قوله ﷺ «لاضرر ولا ضرار في الإسلام».

هذا الحديث من الأحاديث التي يدور عليها الفقه. وهو مروي من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي سعيد الخدري وجابر بن عبدالله وثعلبة بن مالك القرظي وأبي هريرة وأبي لبابة رضي الله عنهم وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.

وأما حديث عبادة بن الصامت:

فأخرجه ابن ماجه في الأحكام: ٧٨٤/٢ وأحمد ٣٢٧/٥ وهو عنده طرف من حديث طويل يرويه عن عبادة بن الصامت هو إسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت أي أن إسحاق يرويه عن جد أبيه، والظاهر أنه لم يدركه ..وعلى هذا فإنَّ الحديث منقطع بين إسحاق وعبادة. قال في الزوائد: إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع ٧٨٤/٢. وأشار في مكان آخر أن إسحاق لم يدرك عبادة رضي الله عنه (سنن ابن ماجه ٧٣٠/٢) قال الحافظ في إسحاق بن يحيى: مجهول الحال (تقريب التهذيب ص ١٠٣)

وأما حديث ابن عباس:

فيروي عنه عكرمة وللحديث ثلاث طرق عن عكرمة:

الأولى: طريق جابر الجعفي.

أخرجه ابن ماجه في الأحكام/ باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ وأحمد ٧١٣/١. والطبراني في معجمه الكبير وعبدالرزاق في مصنفه (كما ذكرهما في نصب الراية ٣٨٤/٤) قال في الزوائد: «في إسناده جابر الجعفي متهم (٣٨٤/٢)»

الثانية: طريق داود بن حصين:

أخرجه الدارقطني في الأقضية ٢٢٨/٤ ويحيى بن آدم في كتابه الخراج: ص١١٧ والراوي عن داود هو إبراهيم بن إسماعيل

قال في نصب الراية: (٣٨٥/٤) «قال عبدالحق في أحكامه: إبراهيم بن إسماعيل هذا هو ابن أبي حبيبة وفيه مقال. فوثقه أحمد وضعفه أبوحاتم، وقال: هو منكر الحديث لا يحتج به » قال الحافظ في التقريب (ص ٧٨) ضعيف

والثالثة: طريق سماك بن حرب.

أخرجه ابن أبي شيبة (ذكره في نصب الراية ٣٨٤/٤ ـ ٣٨٥)

قال الحافظ في التقريب (ص ٢٢٥): «سماك ـ بكسر أوله وتخفيف الميم ـ ابن حرب بن أوس بن خالد الذهلي البكري الكوفي أبوالمغيرة صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة. وقد تغير بآخرة فكان ربما يلقن».

وأما حديث أبي سعيد الخدري:

فأخرجه البيهقي في كتاب الصلح/ باب لا ضرر ولا ضرار (٦٩/٦) والحاكم في البيوع/ باب النهي عن المحاقلة والمخاصرة والمنابذة بزيادة :«من ضار ضاره الله ومن شاق شاق الله عليه»

قال البيهقي: «تفرد به عثمان بن محمد عن الداودي» (٦٩/٦) ولكن الحاكم قال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه» (٥٨/٢) ووافقه الذهبي.

وأخرجه أيضاً الدارقطني في البيوع (٧٧/٣) بدون زيادة.

ورواه مالك في الموطأ (٧٤٥/٢) عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرفوعاً مرسلا=

= =أي ليس فيه أبوسعيد الخدري رضي الله عنه.

وأما حديث جابر

فرواه الطبراني في الأوسط، وقال: «حدثنا محمد بن عبدوس بن كامل حدثنا ابن حبان بن بشر القاضي قال: ثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمر واسع بن حبان عن جابر بن عبدالله قال: قال رسول الله ﷺ: ((لاضرر ولا ضرار في الإسلام)) ذكره نصب الراية ٣٨٦/٤ وسكت عنه ، وقال الحافظ في محمد بن إسحاق الذي يروي عن محمد بن يحيى بن حبان: «صدوق يدلس» (تقريب التهذيب ص ٩٩).

وأما حديث أبي هريرة.

فرواه الدارقطني في الأقضية (٢٢٨/٤) عن أبي بكر بن عياش قال: أراه قال: عن ابن عطاء عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (لاضرر ولا ضرار ولا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبة على حائطه)

قال في نصب الراية (٣٨٥/٤) وأبوبكر بن عياش مختلف فيه ونحوه في التعليق المغني على الدارقطني لأبي الطيب الآبادي (٢٢٩/٤) وشيخ ابن عباش هو يعقوب بن عطاء بن أبي رباع المكي قال الحافظ فيه: (ضعيف) (تقريب التهذيب ص ٦٠٨)

وأما حديث أبي لبابة

فرواه أبو داود في المراسيل عن واسع بن حبان عن أبي لبابة عن النبي ﷺ قال: ((لا ضرر في الإسلام ولا ضرار)) وذكر فيه قصته. (نصب الراية ٣٨٥/٤) وهو منقطع بين واسع وأبي ليلى وواسع هذا ثقة. وقيل بصحبته (انظر تقريب التهذيب ص ٥٧٩) .

وأما حديث عائشة أم المؤمنين:

فأخرجه الدارقطني في الأقضية (٢٢٧/٤) بطريق الواقدي وهو متروك. قال في التقريب (ص٤٩٨) «متروك مع سعة علمه».

وأخرجه الطبراني في الأوسط (نصب الراية ٣٨٦/٤) بطريق نافع بن مالك أبي سهيل عن القاسم بن محمد عنها. وله عن نافع طريقان: طريق سعيد بن أبي أيوب وطريق أبي بكر بن أبي سيرة وفي كلا الطريقين ضعف. والله أعلم.

ويظهر لنا بعد هذا المطاف أن الحديث ينتهي إلى درجة الصحة بكثرة طرقه التي تقوي بعضها بعضاً وللحديث شواهد أخرى وعمل به جمهور العلماء بل هو من الأحاديث التي يدور الفقه عليها كما ذكر.

وللعلماء في قوله ﷺ: (لاضرر ولا ضرار) أقوال كثيرة منها:

١ ـ يحتمل أن يريد به التأكيد: وعلى هذا فيكون معنى الضر والضرار واحداً.

٢ ـ يحتمل أن يريد به عدم لزوم الصبر على الضرر وعدم جواز الإضرار بالآخرين.

٣ ـ يحتمل أن يكون الضرر: هو مالك فيه منفعة وعلى غيرك مضرة. والضرار: هو ماليس لك فيه منفعة وعلى غيرك في مضرة ومعنى ذلك أنّ الضرر: ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره، وأن الإضرار: ما قصد به الإضرار لغيره.

٤ ـ يحتمل أن يكون المعنى: لا يضر إنسان أحداً ابتداء ولا يضاره إن ضاره جزاء.

٥ ـ يحتمل أن يكون الضرر اسم والضرار فعل.

عن نفسه كالزوج في الطلاق الرجعي[١] يملك الرجعة بلا محضر من المرأة لهذه الحكمة. وكذا ههنا ، بل أولى؛ لأنَّ ذلك الخيار ثبت شرعاً لا بايجاب من المرأة وههنا ثبت بايجاب من الآخر.

ولا يقال: بأن الفسخ لو ثبت (لتضرر)[٢] به الآخر بأن يتصرف بعد المدة على تقدير الجواز فيضمن؛ لأنَّ الآخر لا يتضرر إلا بتصرف يحدثه باختياره. ولا يدري أيحدثه أم لا؟

ولأنه يمكنه الاحتراز عنه إذا كان باختياره فلا يختار حتى يسأل.

ألا ترى مثل هذا الضرر موهوم في جانب المطلقة[٣] إذا لم تشعر بالرجعة بأن تتزوج[٤] بعد العدة على أنَّه[٥] لم يراجعها[٦] ولم يعتبر لأنها مختارة، فإن شاءت لم تفعل حتى تستخبر.

= ٦ ـ يحتمل أن يكون الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين فصاعداً.
قال الباجي في المنتقى (٤٠/٦) «ويحتمل عندي أن يكون معنى الضرر أن يضر أحد الجارين بجاره والضرار أن يضر كل واحد منهما بصاحبه؛ لأن هذا البناء يستعمل كثيراً بمعنى المفاعلة كالقتال والضراب والسباب والجلاد والزحام وكذلك الضرار»
والمعنى يعم الجميع والله أعلم.
انظر لمعنى هذا الحديث إلى جامع الأصول (٦٤٥/٦) ونيل الأوطار: (٣٨٧/٥) والمنتقى شرح الموطأ: (٤٠/٦) والعناية: (٢٤٠/٩) والكفاية: (٢٤٠/٩) ولسان العرب: (٤٨٢/٤) مادة ضرر، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥.

١ـ الطلاق الرجعي: هو صريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنين والذي يملك الزوج فيه المراجعة من غير رضا المرأة ومن غير مهر ومن غير تجديد عقد قبل انقضاء العدة. وهو خلاف الطلاق البائن
راجع للمزيد من المعرفة إلى تحفة الفقهاء: (١٧٥/٢ ـ ١٧٧ ـ ١٨٥) والهداية: (١٤/٤) وما بعدها ، ٣٠/٤ وما بعدها

٢ـ في نسخة (أ) «لتضر»

٣ـ أي المطلقة طلاقاً رجعياً

٤ـ أي تتزوج بزوج آخر

٥ـ أي الزوج الأول

٦ـ ولذا قال في تحفة الفقهاء (١٧٧/٢): «والأفضل أن يشهد على رجعتها وأن يعلمها بذلك»

والفوت ههنا يلزمه[١] لا برضاه.

ولا يلزم[٢] على هذا الموكل حيث لم يملك عزل الوكيل إلا بعد علمه؛ لأنَّ العزل لو صحَّ للزم الآخر حكم الحجر[٣] فيتضرر به بذلك اللزوم بدون علمه. ولا التزام من قبله. وههنا لا يلزم المشروط عليه. فيلزمه بالتزامه من قبله بالتسلط عليه فكان على مثال ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل، فينتفي عنه معنى الضرر بالتسليط الموجود من قبله. ولا يلزمه الرد بخيار العيب، فإنه لا يصح إلا بمحضر من الآخر وإن كان قبل القبض. ويصح بغير رضاه؛[٤] لأنَّه لم يوجد من الآخر تسليط. فلا يستقيم إلزام حكم الفسخ إياه بغير علمه قصداً فيتضرر بما يلزمه بغير رضاه. وليس في عدم النفاذ لزوم حكمه على هذا المشتري؛ لأنَّ خيار العيب غير مؤقتاً ولا يبطل بالتأخير؛ ولأن هذا أهون. (وأنه يلزمه)[٥] لا بقصد الآخر، بل حكماً لعجزه عن الرد[٦] وما يلزم البائع يلزمه بقصد هذا المشتري. ولأن حقه في خيار العيب في الجـــــزء الفائت بالعيب على ما مر في خيار الشرط[٧] وإنما يرده لعجزه / عن قبض ذلـك [٣٥٤/ب]
الجزء. فلم يكن استيفاء لحق ثبت له (ليستقيم)[٨] به وحده

وههنا يستوفي حقاً ثبت له فما يوجب الشرط إلا الفسخ. وأنه غير حقه.

١ـ أي يلزم العاقد الغائب المشروط عليه الخيار

٢ـ جواب عن سؤال مفروض وهو: ألا يلزمك على قولك بصحة فسخ الخيار المشروط له الخيار بغير من الآخر الموكل حيث لم يملك عزل الوكيل إلا بعد علمه؟

٣ـ الحجر في اللغة: المنع يقال: حجر عليه القاضي يحجر حجراً: إذا منعه من التصرف في ماله (الصحاح ٦٢٣/٢ ، ولسان العرب: ١٦٧/٤).
وكذلك في الاصطلاح: هو المنع من التصرف.

٤ـ أي بغير رضا البائع

٥ـ في نسخة (ب) «فيلزمه»

٦ـ أي رد الجزء الفائت

٧ـ في ص : ٣٣٧

٨ـ في نسخة (ب) «يستقيم»

فاستقام وحده. وسقط ما يتعدى إلى الغير بحكم التسليط.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنَّ (الفسخ إلزام)[١] الآخر حكماً جديداً لم يكن[٢] فلا يثبت له ولا ية هذا الإلزام إلا بعلمه قياساً على الموكل إذا عزل وكيله، فإنه لا يصح إلا بعلمه.

وإنما قلنا: إلزام حكمه إياه؛ لأن الخيار لا يمنع انعقاد البيع على ما مرَّ[٣]

والفسخ رد لذلك الانعقاد فيكون حكماً جديداً يلزمه. وهذا؛ لأنَّ في اللزوم إياه بدون علمه ضرب تقرير فإنه يتعلق به أحكام يلزمه أداؤها بخلاف حكم العقد. ولا يتصور الأداء إلا بعد العلم فيكون اللزوم إياه بدون علمه تقريراً من حيث الإيقاع فيما لاعلم له. ويلحقه وبال ذلك كما في جانب الوكيل لو صحَّ العزل بدون علمه لزمه حكم الحجر وهو لا يشعر، فيمضي على حكم الإذن فيضمن ويلحقه وبال ذلك. فيكون ذلك العازل سبب لذلك بعزله وصار ذلك تقريراً.

ولهذا قيل: إن حكم خطاب الشرع لا يلزم العبد إلا بعد العلم؛[٤] لأنَّه لو لزم قبل العلم ولا يمكنه القيام لتضرر وصار مغروراً.

وكذلك الردُّ بخيار العيب لا يصحُّ إلاَّ بعلم الآخر وإن ملك بغير رضاه قبل القبض إذا حضر لهذا المعنى. فإنَّ أبرز معنى آخر فيه لم يضرنا بعد أن تبين تأثير ما قلناه.

ولا يلزم الإجازة؛[٥] لأن صاحبه لما باع بلا شرط شرط لنفسه فقد رضي

١ـ في نسخة (ب) «في الفسخ التام»
٢ـ وهو ردّ الانعقاد أو العقد بالرفع كما ذكر البحر الرائق (١٧/٦)
٣ـ في ص: ٣٤٤
٤ـ قال في ميزان الأصول (ص ١٨٧): «لا خلاف أن المأمور لا بد أن يكون متمكناً من إتيان الفعل المأمور به في وقت توجه الوجوب بأن كان قادراً عليه من حيث الأسباب وعالماً به أو كان سبب العلم قائماً»
٥ ـ جواب عن قياس الفسخ على الإجازة في حكم الصحة في غياب العقد.

باللزوم على نفسه. ولأنه لازم في حقه قبل الإجازة. وما لزمه أمر جديد بالإجازة.

ولا يلزم من باع مال غيره[١] فإن للمالك خياراً فيه، فلو رد ارتد بلا علم المتعاقدين؛ لأن العقد في حق المالك لا يوجد إلا بإجازته فما لهما عليه من ولاية. فإذا رد أعدم شرط الثبوت في حقه فارتفع الانعقاد حكماً؛ لأنه ما انعقد إلا لكينونته بعرض الثبوت في حق المالك بإذنه ليعمل عمله حينئذ.

ولا يلزم خيار المخيرة[٢] فإن الزوج إنما يلزمه حكم الطلاق بإيجابه. وذلك فوق رضاه وعلمه وكذلك ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل.

فأما ههنا فلا إيجاب مع جانب المشروط له الخيار لما ذكرنا: أن حكم شرط الخيار أنه لا يثبت حكم العقد في حق المشروط له إلا باختياره لا الفسخ. وأنه إنما يملك الفسخ بحكم أن العقد غير لازم. لا بإيجاب أحد فإن النص[٣] نص إثبات الخيار فيما اشترى لا نص الفسخ لما اشترى. والفسخ ضد العقد. فثبت أنه غير مذكور. فهذه شبهة المسألة. ومتى بطل التسليط لم يبق بين هذا و (مسألة)[٤] عزل الوكيل فرق بوجه.

ولا يلزم خيار الرجعة[٥] في الطلاق؛ لأن الزوج بالرجعة ما يلزمها حكماً جديداً؛ لأن الطلاق لا يرتفع بها[٦] والنكاح كان ثابتاً بحاله قبل الرجعة وإنما كان

١ـ جواب عن سؤال مقدر هو: ألا يلزمكم بيع الفضولي، إذا بابع مال غيره فإن للمالك خياراً بين إجازة العقد وفسخه، فلو فسخ المالك العقد بلا علم المتعاقدين يصح ذلك؟

٢ـ هو جواب عن قياس الفسخ على اختيار المرأة المخيرة نفسها في غياب زوجها. راجع ص:٣٤٦.

٣ـ أي قول البائع للمشتري: «بعتك على أنك بالخيار ثلاثة أيام» فقبل المشتري.

٤ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ـ جواب عن مسألة الطلاق الرجعي فإن الزوج يملك الرجعة بلا محضر من المرأة

٦ـ أي أن الطلاق الذي أعقبته الرجعة يظل محسوباً من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته.

وكل ماترتب على الرجعة هو استمرارية النكاح الذي كان قائماً قبل الطلاق ودوامه

ثبت لها حق البينونة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدَّة[١]

والمعلق بالشرط في حكم العدم قبل الشرط. فلما راجعها أعدم شرط ثبوت الحق لها لو قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر. فدخل لم يكن ألزم العبد شيئاً با امتنع عن إيجاب الحق له، فكذا هذا.

(فأما)[٢] الجواب عن الضرر[٣] فإن المشروط له الخيار يلزمه الضرر يعجزه عن استيفاء حقه لعدم شرط الاستيفاء. لا بإيجاب من الآخر عليه بتصرفه كما لا يملك الموكل عزل الوكيل وتدارك حقه فيما بدا له من العزل.

وكذلك المولى في حجر العبد المأذون إلا بحجر عام يعلم الناس به لعدم شرط الاستيفاء. وما يلزم صاحبه بفسخه يلزمه بتصرفه و(إلزامه)[٤] وإنما صاحبه سبب لفوات شرط تصرفه بغيبته. وإنما فيما عاب تصرف فيما ملك؛ لأنه لا حق لأحد في نفسه فلم يحجر عنه. وإن أدى إلى فوت على الغير كالموكل إذا باع ما وكل ببيعه فإن الوكيل لا يصح بيعه بعد ذلك. ويضمن إذا باع وسلم؛ لأن نفس بي الموكل ليس بعزل، بل تصرف في ملك نفسه لخالص له ثم امتنع تصرف الوكيل لفوت شرطه. وهو كينونة ما يبيعه في ملك أمره.

ولا يلزم الطلاق والعتاق والإبراء[٥] والعفو عن القصاص، فإنها تصح بلا علم الآخر؛ (لأن)[٦] هذه اسقاطات فلا يلزم من أسقط عنه شيء كإسقاط الحمل

١ـ لأن الطلاق الرجعي إذا لم يرجع الزوج مطلقته قبل انقضاء عدتها ينقلب إلى طلاق بائن. وفي هذه الحالة لايكون من حق الزوج مراجعتها إلا بعقد ومهر جديد

٢ـ في نسخة (أ) «وأما»

٣ـ أي الضرر بفوت فائدة الخيار للمشروط له، وهي أن لا يلزم المشروط له الخيار حكم العقد إلا برضاه وإذا غاب الآخر في مدة الخيار فيلزم المشروط له الخيار العقد بغير رضاه إذا لم يملك الرد بنفسه

٤ـ في نسخة (ب) «التزامه»

٥ـ أي الإبراء عن الديون

٦ ـ في نسخة (ب) : " فإن "

عن الدابة لا يكون إلزاماً. إنما اللزوم في جانب من أسقط بأن ذهب ملكه. ولا يلزم العدة في الطلاق ؛ لأنها لا تجب بالطلاق، ألا ترى (أنها)[١] لا تجب قبل الدخول، بل الطلاق لقطع الملك إلا أنه لم يقدر على قطع الملك بحقه. فبقي الحق إلى حين. فكان بمنزلة من باع ملك الحبس بالثمن لا بالبيع، بل البيع لم يزل يده التي كانت قبل (تعين)[٢] حقه في الثمن.

ولا يلزم خيار الأمة المعتقة. فإنها مسألة لا رواية فيها[٣].

ثم الجواب إن سلمنا أن الخيار يثبت لها بتخيير الشرع إياها[٤] فصار كما (لو)[٥] ثبت بتخيير الزوج؛ لأنَّ الشرع للشرع/ولاية علينا [٣٥٥/أ]

ولأن الخيار ثبت لها من حيث أن ملك النكاح يزداد عليها عندنا ، حتَّى ينقطع بعد العتق إلا بتطليقين. فلها أن تمتنع عن ثبوت الزيادة عليها إلا برضاها فكان الخيار خيار امتناع عن التزام حكم مبتدأ لا إلزام إلا أنها لا يمكنها استيفاء ما ثبت لها من حق الامتناع إلا برد الأصل[٦] فثبت ذلك ضمناً للدفع عن نفسها،

١ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ـ في نسخة (أ) «تعيين»

٣ـ بل جاء فيه حديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها في عتق بريرة وتخييرها من زوجها وقصة بريرة شهيرة جدًّا أخرجها كثير من العلماء.منها رواية القاسم بن محمد ـ المتفق عليها ـ عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كانت في بريرة ثلاث سنن أراد أهلها أن يبيعوها واشترطوا ولاءها. فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «اشتريها واعتقيها فإن الولاء لمن أعتق» وعتقت فخيرها رسول الله ﷺ من زوجها، فاختارت نفسها وكان الناس يتصدقون عليها وتهدى لنا، فذكرت ذلك للنبي ﷺ. فقال: «هو عليها صدقة ولنا هدية» البخاري ـ الطلاق / باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً (٤٨/١٧) ومسلم ـ العتق ـ باب إنما الولاء لمن أعتق (١١٤٣/٢)

واختلفت الروايات في زوج بريرة هل كان حراً أو عبداً حين خيرت؟ راجع لذلك نصب الراية (٢٠٥/٣ ـ ٢٠٦)

٤ـ وإن تزوج بإذن مولاها ثم أعتقت يثبت لها الخيار سواء كان زوجها حرًّا أو عبداً عند الحنفية (راجع الهداية وشرحها ٢٧٤/٣)

٥ـ غير موجود في نسخة (أ)

فكان من قبيل عزل الوكيل باعتاق العبد ونحوه. فإن قيل: فكذلك ههنا الخيار ثابت بتخير الآخر عليه وبالفسخ يدفع لزوم البيع بمضي المدّة. ولا يمكنه إلا بفسخ العقد، فثبت أنه لا فرق بينهما.

قلنا: أن البيع قبل التعاقد غير موجود أصلا. وأنه مما يوجد لازماً وغير لازم. فالعقد على أحد (الوصفين)[١] لا يكون لمعنى زائد أثبت الوصف بل لأن العاقد لم يوجب ذلك الوصف ولم يأت (بشرط)[٢] اللزوم ولأن الخيار كان للعاقد في أصل المباشرة وإلزام الحكم جميعاً. فاستثنى أحد الخيارين ليبقى على ما كان لا يكون بإيجاب الغير له ذلك. كما إذا باع العبد إلا نصفه. فالنصف لا يبقى بإيجاب المشتري. بل لأنه لم يبعه إلا النصف.

والجواب عن الثاني: أن أصل البيع (ملزم)[٣] ولكن باستثناء الخيار لنفسه بقي اللزوم عنه.

ثم الفسخ تصرف مبتدأ بحكم أنه غير لازم كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون يوجد منه قصداً بناء على أنه غير لازم إياه لا أن يمتنع عن لزوم بغير التزام. فإن المدة متى مضت ولم يصح الفسخ لزمه البيع بالتزامخ وهو البيع الماضي منه. فإنه (ملزم)[٤] بدون الخيار ولا خيار بعد المدة.

فأما نكاح الأمة فلا يوجب عليها إلا ملكاً هو في حكم (نصف ملك)[٥] الحرة على ما عرف. لا بشرط مانع . ولكن لأن المحل يعود إلى النصف حكماً

٦ـ أي برد ملك النكاح
١ـ في نسخة (أ) «الوضعين»
٢ـ في نسخة (ب) «بشروط»
٣ـ في نسخة (ب) «ملزوم»
٤ـ في نسخة (ب) «ملزوم»
٥ـ في نسخة (ب) «ملك نصف»

بالرق. وبالعتق يعود إلى الكمال فيزداد الملك حكماً بوجود ما أوجب (التكميل)[١] من العتق، لا بزوال المانع ليكون اللزوم مضافاً إلى أصل النكاح النافذ بولاية فلا يطلب رضاها. بل أضيف إلى العتق. فتصير تلك الزيادة في حكم نكاح مبتدألما لم يضف إلى الموجود من النكاح، فكان لها أن تلتزم ويصير بذلك دافعة عن نفسها حكماً لم يوجد منها ولا من وليها مباشرة سبب الإلزام فكان لها ذلك وإن أدى دفع غير العبد كالعبد يقر بالقصاص فينفذ، وإن كان الاستيفاء يبطل حق المولى،لأنه لا في حق نفسه ابتداء.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ في نسخة (ب) «التمليك»

مسألة

[الخلاف في حكم تفرد أحد المشتريين بالخيار بالرد]

رجلان اشتريا عبداً على أنهما بالخيار ثلاثة أيام أو اشترياه ولم يرياه[١] أو وجدا به عيباً[٢] فتفرد أحدهما بالرد لم يصح عند أبي حنيفة.

وعندهم[٣] جميعاً: يصح؛[٤] خيار الرد لكل واحد منهما ما ثبت إلا في النصف فيملك رده، كما إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار في نصفه، فإنه يملك رد النصف وحده. وهذا لأن الرد بهذه الخيارات رد لما اشترى فلا يملك به ما لم يشتر وكل واحد منهما ما اشترى إلا النصف فيملك رده كذلك ولم يشترط عليه السلامة من عيب ليس بثابت فيما اشترى.

والشركة التي يقولها أبوحنيفة[٥] غير ثابتة فيما اشترى هو فإنه يرد كل ما اشترى بلا شريك. وإنما الشركة متحققة في العبد وأنه ما اشتراه[٦]

وكذلك قول أبي حنيفة: إن فيه تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لأن الملك لم يثبت للمشتري قط في الكل جملة حتى ينهى عنه (تفريقه)[٧] بل وقع في

١ـ بحيث ثبت لهما خيار الرؤية على أصل الحنفية. ثم رأياه، فأراد أحدهما أن يرده. يرجع إلى فتح القدير لابن الهمام (٥٢٧/٥)، والبحر الرائق (٢٣/٦).
قال في الهداية: (٥٢٦/٥ ـ ٥٢٧): «إذا اشترى رجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما، فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده»

٢ـ أي اشتريا عبداً فوجدا به عيباً ورضي أحدهما بالعيب وأراد الآخر أن يرده (الكفاية ٥٢٧/٥)

٣ـ أي عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن

٤ـ يرجع للمسألة أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام (٥٢٧/٥)، والعناية (٥٢٧/٥) وتحفة الفقهاء (٨٠/٢)

٥ـ يعني قول أبي حنيفة رحمه الله: بشراء اثنين تتحقق الشركة في العبد، والشركة في الأعيان المجتمعة عيب. والمال خرج من ملك البائع غير معيب بعيب الشركة؛ لأنه بتقدير الرد لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق التهايؤ وكان قبل البيع متمكناً من الانتفاع متى شاء وكيف شاء
(فتح القدير لابن الهمام ٥٢٧/٥ والكفاية ٥٢٧/٥)

٦ـ أي ما اشترى العبد كله بل اشترى النصف

٧ـ في نسخة (ب) «تفرقه»

النصف وأنه حق ثبت له فيما اشترى (فيراعى جانبه)[١] لا غير بخلاف ما إذا باع من اثنين فقبل أحدهما لم يلزمه.

وكذلك إذا نقد أحدهما حصته من الثمن لم يملك المطالبة بقبض النصف؛ لأن القبول يلاقي إيجاب البائع وملكه. وأنه مجتمع فلا يملك التفريق عليه. والقبض يلاقي يد البائع فلا يملك التفريق عليه (فكان)[٢] المراعى (فيه)[٣] جانب البائع. و(كان)[٤] سبيله سبيل رجل باع داره من رجلين فأراد الشفيع أخذ نصيب أحدهما من يدي البائع لم يكن ذلك. وإذا أراد من المشتري فله ذلك.

ولأبي حنيفة: (أنه)[٥] لو ردَّ النصف على البائع معيباً بعيب زائد لأنه يرد عليه مشتركاً[٦] وكان عند البائع غير مشترك. والشركة عيب.

ألا ترى لو كان وحده فأراد رد النصف لم يمكّن منه أو قبل أحدهما دون الآخر عند خطاب البيع لم يصح لإيجاب عيب الشركة، ولا إشكال في أن الشركة عيب. وإنما الإشكال فيما قالا:[٧] أن المعتبر جانب المشتري في هذه الخيارات[٨]

والجواب عنه: أن المعتبر جانب البائع مع جانبه لأن الرد إلى البائع إعادة إليه فكما يلزمه أن يرد كما اشترى بلا عيب زائد لزمه أن يعيد إلى البائع كما أخرج البائع بلا عيب زائد والبائع أخـرج جملة بلا شركة، بل المعتبر جانب البـائع؛لأنَّ العيب يمنع الرد لحق البائع فيراعى جانبه وما يلزمه من عيب بالرد لم/ يكن قبل البيع [٣٥٥/ب]

١ـ في نسخة (ب) «فيبرأ عن» وهو تصحيف ظاهر
٢ـ في نسخة (أ) «وكان»
٣ـ غير موجودة في نسخة (أ)
٤ـ غير موجودة في نسخة (أ)
٥ـ غير موجودة في نسخة (أ)
٦ـ أي مشتركاً بين صاحبه والبائع
٧ـ أي أبويوسف ومحمد بن الحسن
٨ـ يعني خيار الشرط وخيار الرؤية وخيارالعيب

بخلاف الشفيع، لأن الشفيع يأخذ لنفسه ولا يتصل بالبيع عيب (شركة)[١] بأخذه النصف إلا أن يأخذ من يدي البائع فيعتبر حينئذ مانعاً.

فإن قيل: هذه شركة أوجبها البائع بإيجاب البيع لهما. فالحكم في المبيع مضاف إلى البائع؛ لأنَّ البيع ملكه. ألا ترى أنه لو زوج أمته ثم باعها من الزوج قبل الدخول بها سقط المهر[٢] لأنه هو الذي أثبت الفرقة بايجاب الملك له.

ولأن الشركة تجب قبل القبض لا بالمشتري ليصير مضافاً إليه، فيكون محسوباً على البائع فلا يمتنع الرد بسببها بهذين الوجهين.

قلنا أما الإيجاب من البائع فلم يكن على نفسه؛ لأن الملك بهذا الخطاب لا يزول عنه جملة. فإنه إذا قبل أحدهما دون الآخر لم يزل الملك والرضا بالعيب على غيره لا يكون رضا على نفسه كما لو عيب المبيع بعد القبض، فإن الرد يمتنع على المشتري به وإن وجد من البائع؛ لأنه حصل على المشتري؛ ولأن سائر العيوب مما لا يرتفع برد المبيع جملة، فإذا حصلت قبل القبض أو بفعل البائع قبل القبض حتى صارت محسوبة من البائع، فهي وإن حصلت في ملك المشتري كان بمنزلة الحاصل في ملك البائع، لأنه لا يرتفع بالرد على البائع. وهذه الشركة ترتفع بالرد عليه جملة فلم يتضمن حصولها في ضمان البائع أو بفعله رضا بالحصول عليه في ملكه.

فإن قيل: إن الواحد منهما لا يملك الرد بهذا الخيار إلا (نصفه)[٣] وذلك يوجب الشركة في ملك البائع فيصير راضياً كما إذا باع على أنه بالخيار في نصفه.

١ـ في نسخة (ب) «مشترك»

٢ـ لإبطال النكاح؛ لأن ملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصاً منها يرفع النكاح. (بدائع الصنائع ٢٦٥/٥) . راجع للمزيد من المعرفة: تحفة الفقهاء (١٣٠/٢) والهداية (١٣٤/٣) ، والعناية (١٣٤/٣)

٣ـ في نسخة (ب) «بصفة»

قلنا: هذا (رضا)[١] ثبت مقتضى ما أوجب. والمقتضى لا يثبت إلا ضرورة وليس فيما أوجب ضرورة التفرق عليه لجواز أن يجتمعا[٢] على الرد عليه.

فأما إذا اشترط الخيار في النصف فكان من ضرورته التفرق؛ لأن العقد في النصف لازم. وفي النصف غير لازم ولا يثبت لهذا حق الرد في النصف.[٣]

فلما أوجب التفرق ضرورة ثبت الرضا بالتفرق مقتضى فهما[٤] رجحا جانب المشتري فالخيار حقه. وهو بنفسه لا يملك بهذا الخيار إلا رد ما اشترى، وما اشترى إلا النصف.

وأبوحنيفة رجح جانب البائع، لأن الرد يعيد إليه قديم ملكه. فلا يملك إلا كما خرج عن ملكه. وكان جانب البائع أولى بالعبرة؛ لأن ضرر الشركة يلزمه بقصد المشتري. وما يلزم المشتري من المضرة إذا لم يملك بعجزه عن التصرف لفقد شرطه لا بقصد البائع.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ في نسخة (ب) «رضى»
٢ـ أي المشتريان
٣ـ أي في النصف الأول اللازم
٤ـ يعني أبا يوسف ومحمد بن الحسن

مسألة

[الخلاف في غاية الخيار]

إذا اشترى شيئاً على أنه بالخيار إلى غد ثبت الخيار في غد عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يثبت [١] لأن غداً جعل غاية لمدة الخيار فلا يدخل تحت الجملة إلا بدليل؛ لأن الأصل: أن الحد لا يدخل في المحدود. ولهذا سمي حداً؛ لأنه مانع، وسميت غاية ونهاية[٢] لأن الحكم ينتهي إليه فلا يبقى.

دلَّ عليه: الصوم إلى الليل فلم يدخل الليل فيه، والأكل إلى الفجر فلم يدخل الفجر تحت الإباحة فيه[٣] والبيع إلى أرض كذا، لا يصير الحد مبيعاً.

ولهذا قلنا: من طلق امرأته من واحدة إلى ثلاث أن الثالثة لا تقع. وإذا أقر فقال لفلان عليَّ درهم إلى عشرة لم يلزمه العاشر[٤] لأنه غاية للإقرار.

١ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٦٧/٥ ـ ٢٦٨ والتوضيح لصدر الشريعة المحبوبي ١١٦/١ والمغني للخبازي ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧ ، والبحر الرائق ٤/٦

٢ـ الأصل في الغاية إذا كانت قائمة بنفسها لا تدخل في الحكم كالحائطين في قول القائل: «بعت منك هذا الحائط إلى هذا الحائط لا يدخل الحائطان تحت حكم المغيا؛ لأنه لما كان قائماً بنفسه فلا يمكن أن يتتبعه المغيا.
وإن لم تكن الغاية قائمة بنفسها: فإن كان صدر الكلام يتناولها كان ذكر الغاية لإخراج ما وراءها فتدخل تحت حكم المغيا كالمرافق في قوله تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق.....﴾ الآية (سورة المائدة ٦) فإن المرافق تدخل في الغسل.
وإن لم يتناولها صدرالكلام أو كان في تناوله شك فذكر الغاية لمد الحكم إليها أي يمتد الحكم إليها وينتهي بالوصول إليها كالليل في الصوم في قوله عزوجل: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل ....﴾ (الآية سورة البقرة-١٨٧) (يرجع إلى فتح الغفار ٣٠/٢ والتوضيح ١١٦/١ والمغني للخبازي ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧ والكفاية ١٤/١ وبدائع الصنائع ٤/١ وأحكام القرآن للجصاص ٣٤٠/٢)
فأبوحنيفة رحمه الله ذهب إلى أن الغاية في الخيار تدخل في الحكم بناء على أن صدر الكلام يتناوله (المغني في أصول الفقه للخبازي ص ٤٢٧)
وذهب أن المعدودات مما لا يثبت بنفسها بخلاف الممدودات كما كان بيانه في قول المؤلف رحمه الله

٣ـ وذلك في قوله عزوجل: ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ سورة البقرة ـ ١٨٧

٤ـ أي يلزمه تسعة دراهم لا غير.

وكذلك إذا آجر داره إلى رمضان أو بأجل إلى رمضان أو حلف بأن لا يأكل إلى رمضان لم يدخل رمضان تحت الجملة؛ لأنه غاية.

ولهذا قال زفر: إن المرافق لا يجب غسلها في الوضوء لأنها غاية[١]

وإذا قال لامرأته: «أنت طالق من واحدة إلى ثلاث » لم تطلق إلا واحدة (عنده)[٢] لأن الأول والثالث غايتان[٣] كالبيع من أرض كذا. فإن الأرضين لا تدخل تحت البيع.

ولا يلزمنا مسائل زفر: أما المرافق فدخلت تحت الجملة بدليل السنة. فإن النبي عليه السلام حين علم الوضوء الذي لا يقبل الله الصلاة إلا به، غسل المرافق[٤]

وأما الطلاق الأول[٥] فإنما وقع وإن كان غاية بدليل: وهو أنه أوقع ما بين الأولى والثالثة بنفسه فيكون ثانية، والثانية على حقيقتها ثانية لايتصور إلا بالأولى. فالعمل بحقيقة الثانية اقتضى دخول الغاية لتصير هي ثانية ولم يقتض دخول الغاية

١ـ وذلك في قوله تعالى: ﴿يآأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين.... ﴾ سورة المائدة ٦
قال في البدائع (٤/١): «والمرفقان يدخلان في الغسل عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر: لا يدخلان».
ولو قطعت يده من المرفق يجب عليه غسل موضع القطع عندنا خلافاً له.
وجه قوله: إن الله تعالى جعل المرفق غاية فلا يدخل تحت ما جعلت له الغاية كمالا يدخل الليل تحت الأمر في قوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾

٢ـ غير موجود في نسخة (أ)

٣ـ لأن (من) لابتداء الغاية (إلى) لانتهائها (فتح الغفار ٢٩/٢ ، ٣٠)

٤ـ قال الجصاص في أحكام القرآن (٣٤٠/١ ـ ٣٤١): «روى جابر بن عبدالله أن النبي ﷺ كان إذا بلغ إلى المرفقين في الوضوء أدار الماء عليهما . وفعله ذلك عندنا على الوجوب لوروده مورد البيان لأن قوله تعالى ﴿إلى المرافق﴾ لما احتمل دخول المرافق فيه واحتمل خروجها صار محملا مفتقراً على البيان. وفعل النبي ﷺ إذا ورد على وجه البيان فهو على الوجوب».
والحديث أخرجه الدارقطني في كتاب الطهارة / باب وضوء رسول الله ﷺ (٨٣/١) بطريق عبدالله بن عقيل عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه وقال: «ابن عقيل ليس بقوي»

٥ـ أي فيمن طلق امرأته من واحدة إلى ثلاث

الأخرى، لأن الثانية ثانية بلا ثالثة. فعلمنا بالغاية الأخرى على حقيقتها. وبالغاية الأولى على مجازها عملا بحقيقة الثانية، لأنها هي الواقعة.

والحكم المطلوب بهذا الإيجاب فكان أصلاً طلب حقيقته أولى من طلب حقيقة الغاية، وبخلاف ما إذا قال: «أنت طالق ثانية،» فإنها تقع واحدة، لأن الثانية تلغو ولم يمكن اثباتها بالواحدة قبلها، لأنه لم يجز لها ذكر يحتمل الثبوت. والطلاق لايثبت إلا بلفظ. وقد جرى في مسألة الغاية مايحتمل، لأن الغاية قد تدخل في الجملة إذا قام دليله.

ألا ترى أن رجلاً لو قال لآخر: كل من هذا الطعام إلى عشرة لقماتٍ، كان له أن يأكل اللقمة العاشرة.

وإذا قال: (اشتر)[١] لي عبدًا إلى ألف درهم، دخلت الألف. وكذلك الكفالة عن رجل إلى ألف، لأن دلالة الحال دلت عليه[٢] . فإن الإنسان لايكفل بألف درهم إلا هو راض بتمامها.

وكذلك الشراء.[٣] وكذلك إباحة الطعام قل مايجري الضن[٤] فيه بلقمة منه.

فأما الطلاق[٥] فدلالة الحال تمنع الدخول، لأن الرجل يحترز عن الثالثة أشد الإحتراز

وكذلك الإقرار،[٦] لأنه إخبار فتبتني صحته على ثبوت المخبر عنه. وثبوت

١- في نسخة (ب): «اشترى»
٢- أي دلت على دخول الألف كله تحت حكم الكفالة
٣- يعني شراء عبد إلى ألف
٤- الضِّن: الإمساك والبخل. وبمعناه الضِّنَّة والمِضَنَّة والمَضَنَّة. يقال الضن أيضا للشيء النفيس المضنون به. ورجل ضنين: أي بخيل (الصحاح ٢١٥٦/٦ ولسان العرب ٢٦١/١٣)
٥- أي الطلاق إلى ثلاث
٦- يعني إقرار الدراهم إلى عشرة

تسعة لايدل على ثبوت العاشرة ليدخل تحته بدلالة الحال فبقي الأمر على ظاهره. فهذا أصل مستمر على أصلهما[١] . وعلى أصل زفر: فبظاهر الغاية.

وأما أبو حنيفة فإنه سلم هذا الأصل[٢] في الممدودات[٣] فأما في المعدودات فقال: إن الغاية تدخل في الجملة فتطلق ثلاثًا في مسألة الطلاق. ويلزمه عشرة دراهمفي مسألة الإقرار بالدراهم إلى عشرة.

وذهب إلى أن الغاية لابد من وجودها في نفسها ليثبت غاية.[٤] والمعدودات مما يدخل تحت الإيجاب من طلاق أو دراهم في الذمة لايصبر موجودًا ثابتًا إلا بعد الدخول تحت الإيقاع والإقرار.

فأما الممدود إلى أرض أو زمان ذكره فيصير ذلك المسمى موجودًا بنفسه دخل تحت الوجوب أم لا ؟

فلا يدخل عملا بظاهر الغاية إلا أنه قال في الخيار إلى غد: إن غدًا نهاية لسقوط الخيار عما وراءه بدليل: أنه لو قال: «على أني بالخيار» ثبت الخيار أبدًا بدلالة أن البيع لايعمل عمله لبقاء الخيار بدليل أنه متى (أسقط سقط)[٥] في الثلاث.

وعندهما بعد طول المدة عمل البيع عمله. فعلم أنه امتنع للمانع لا للفساد في نفسه.

فإذا قال: «...إلى غد» سقط ما وراءه. ولهذا: يجب غسل المرافق في الوضوء

١- أي على أصل أبي يوسف ومحمد بن الحسن.
٢- أي عدم دخول الغاية تحت حكم المغيا.
٣- من حيث المساحة والزمان.
٤- راجع الهامش في ص:٣٦١
٥- في نسخة (ب): «أسقط»

لأن اليد اسم للجميع إلى الإبط[١] فسقط بالغاية حكم الغسل[٢] فلم تدخل [٣] تحت السقوط كالخيار.

وأما الأجل إلى رمضان فاللإيجاب بدلالة أنه لو قال: «بعتك بأجل، ماثبت الأجل. فإنه شرع لتأخير المطالبة. وهذا بيع فاسد في نفسه لايوجب مطالبة لموءخرها الأجل.

ألا ترى أن من له الأجل لو أسقطه لم تثبت المطالبة، وإنما يجب نفس الشرط أجلاً شرعًا بالتوفيق فلا تدخل الغاية تحت الثبوت.

وكذلك إجازة الدار إلى رمضان: لأنها لبيع المنافع، فمطلقها لايتناول إلا المنافع الراهنة. ولا تصح؛ لأنها لاتبقى ولا تعلم. وإنما تدخل مايحدث في الأزمنة بالتوقيت. فلا تدخل الغاية تحت البيع.

وأما الحلف إلى رمضان فقد روى الحسن بن زياد[٤] عن أبى حنيفة: أن رمضان يدخل تحت اليمين. ولا يخرج الجواب إلا على هذه الرواية. ومذهبهما [٥]

١- أي من رؤوس الأصابع إلى الإبط (بدائع الصنائع ٤/١)

٢- أي غسل جميع اليد

٣- أي لم تدخل المرافق تحت حكم سقوط ما يتبقى من اليد فذلك يكون عملاً باللفظ بالقدر الممكن. (بدائع الصنائع ٤/١، والهداية ١٣/١)

٤- هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة. كان عالمًا يقضًا فطنًا فقيهًا نبيهًا. ولى القضاء بالكوفة بعد حفص بن غيات سنة ١٩٤هـ ثم استعفى.
وكان يختلف إلى زفر وأبى يوسف في الفقه. وكان محبًا للسنة وأتباعها.
قال يحي بن آدم: «مارأيت أفقه من الحسن بن زياد.»
وأخذ عنه محمد بن سماعه ومحمد بن شجاع الثلجي.
وله:كتاب المجرد والأمالي.
توفي رحمه الله سنة ٢٠٤هـ. قال الطحاوي:«أن الحسن بن زياد والحسن بن أبى مالك ماتا سنة أربع ومائتين.
وفي هذه السنة مات الشافعي - رحمه الله - بمصر.»
(الجواهر المضية ٥٦/٢-٥٧، والفوائد البهية ص ٦٠-٦١)

٥ - أى مذهب أبى يوسف و محمد بن الحسن .

أوضح: لأن قوله: «...إلى غدٍ» قرن بالخيار، فصار إمدادًا للخيار إليه.

وكذلك المرفق قرن بالغسل. والكلام إذا قرن به غاية أو استثناء أو شرط لايعتبر بالمفصول عن القيد.

ثم التعبير بالقيد عن حال الإطلاق بل يعتبر مع القيد جملة واحدة على مابينا في مسألة الربا[١] ومسألة تعليق الطلاق بالشرط.[٢] ومتى جعل كلامًا واحدًا كان للإيجاب إلى غدٍ لا للإيجاب والإسقاط. فإنهما ضدان فلا يثبتان إلا بنصين. والنص مع الغاية نص واحد.

ولأن مسألة اليمين لازمة على طريق أبي حنيفة.

والإعتماد على رواية الأصل[٣] دون رواية الحسن.

١- راجع ص:٢٨٨

٢- راجع (٣) أ (من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣- هي رواية محمد بن الحسن الشيباني عن أبي حنيفة في كتابه المبسوط (وسمي المبسوط أصلاً: لأن محمد بن الحسن صنفه أولاً ثم صنف كتاب الجامع الصغير ثم الجامع الكبير ثم الزيادات (فوائد البهية ص ١٦٣ قال الجرجاني في كتاب التعريفات ص ١٤٣: «وظاهر المذهب وظاهر الرواية المراد بهما ما في المبسوط والجامع الكبير والجامع الصغير والسير الكبير والسير الصغير.» وكذلك ما في الزيادات (الفوائد البهية ص ١٦٣)

مسألة

[الخلاف في حكم سقوط الخيار بنظر الأمة بالشهوة]

إذا اشترى أمة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فنظرت الأمة إلى فرج الرجل بشهوة سقط الخيار عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد: لا يسقط[١]

وكذلك المطلقة[٢] إذا فعلت ذلك يثبت الرجعة عندهما. وقال محمد: لا يثبت[٣]

وجه قول محمد ظاهر. وهو: أن من له الخيار لم يصنع شيئا فلا يصير مختارا، لأن الخيار عبارة عن نوع فعل منه. ولأن المرأة ليس إليها رجعة ولا إسقاط الخيار فلا يكون نظرها اختيارا ولا رجعة قياسا على نظر الأجنبية بخلاف الرجل،

١ـ اتفقوا على أن خيار المشترى يسقط بالنظر الى فرجها لشهوة وتعتبر ذلك اجازة منه ، لأنه تصرف لا يحل إلا بملك اليمين فى الجواري. (بدائع الصنائع ٢٦٩/٥)
إنما اختلفوا إذا كان النظر من جهة الأمة. (يرجع للمسألة أيضا إلى بدائع الصنائع ٢٦٩/٥ وتحفةالفقهاء ٦٩/٢

٢ـ أي بطلاق رجعى إذ أن الطلاق البائن يزيل ملك النكاح، إن كان الطلاق واحدا تبقى المرأة محلا للنكاح بطلاقين حتى لا يحل له الاستمتاع بها ولا تحل إلا بتجديد النكاح. وإن كانت البينونة بالثلاث يزول الملك وحل المحلية جميعا. (راجع للمزيد من المعرفة تحفة الفقهاء ١٨٥/٢ والهداية ١٤/٤ ، ٣٠/٤ وما بعدهما. وبدائع الصنائع ١٨٠/٣ وما بعدها)

٣ـ والظاهر من كتب الحنفية أن أبا حنيفة رحمه الله سوى بين مسألة الرجعة ومسألة الأمة المشتراه بشرط الخيار للمشتري فذهب إلى سقوط الخيار بنظر الأمة إلى فرج الرجل بشهوة وثبوت الرجعة بذلك.
واختلفت الروايات عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فى ذلك.
ذكر فى البدائع (١٨٢/٣) يفرق بينهما ويقول في مسألة الرجعة بثبوتها وفي الأمة بعدم سقوط الخيار - أي بعدم الإجازة للبيع. فقال: « وعن أبي يوسف في الجارية روايتان:
فى رواية : فرق فقال : ثمة يكون اجازة للبيع وههنا لا يكون رجعة وفى رواية سوى بيهما فقال : فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الأمة يكون اجازة ثمة »
فقال ابن الهمام فى فتح القدير (١٦/٤) فى مسألة الرجعة : « ذكر شيخ الاسلام وشمس الأئمة: أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لأبي يوسف، وعن محمد كقول أبي يوسف. وذكر أن أبا يوسف مع أبى حنيفة »

لأن الخيار إليه. والنظر إلى الفرج بشهوة لا يحل بحال إلا عن ملك. فيدل ذلك على اختيار الملك، واختيار الملك إليه، فيثبت بالدلالة كما لو صرح بالاختيار، ولم يثبت بنظرها كما لو صرحت بالاختيار.

ولهما: ما احتج فى الكتاب، وهو: أن هذا النظر مما يوجب حرمة المصاهرة بينهما[١] فيسقط ويوجب الرجعة. ألاترى أن نظره إليها أوجب ذلك لهذا المعنى.

وكذلك الوطء، فإنها لو استدخلت آلة الرجل والرجل نائم ثبت بها الرجعة وسقط الخيار، فكذلك هذا.

وهذا لضربى فقه: أحدهما: أن ثبوت حرمة المصاهرة مما يقلل رغائب المحارم فيها فيكون بمنزلة العيب.

ألا ترى أنه لو كان اشتراها من أبيه ثم ردها بخيار الشرط ردها وهي محرمة على الأب. فلا يكون عيبا أعظم منه. والعيب مما يسقط خيار الشرط. فيكون السقوط بالعيب لا بدلالة الاختيار. وهذا لا يوجد فى الرجعة.

وعلى هذا السؤلة ذكرناها فيمن اشترى جارية ثيبا فوطئها ثم أراد ردها بعيب كان[٢]

والضرب الآخر: (يعمهما)[٣] وهو أن أعظم حرمة هذا العضو حتى التحق النظر إلى عين الفرج بالوطء فى إيجاب حرمة المصاهرة.

وكما التحق الوطء الذي هو استيفاء منفعة على الحقيقة بأخذ جزء منها في

١ـ لوقوعها عن شهوة فى غير ملك. وذلك حرام. فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وأنه واجب. ولأن اللمس والنظر فى الفرج عن شهوة يفضيا إلى الوطء. والسبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه خصوصا فى موضع الاحتياط . (بدائع الصنائع ٢٦٩/٥)

٢ـ راجع ص : ٤٠١

٣ـ أى يعم مسألة شراء الأمة بالخيار ومسألة المطلقة الرجعية المذكورتين

إيجاب ضمان المال حتى كان للعقر[١] حكم الأروش[٢] التى تجب بدلا عن الأجزاء الفائتة بالجناية ، لا حكم الكسب، والعلة الخارجة عن منفعة وكان العقد على البضع بمنزلة العقد على /العين . وهو النكاح على ما مر البيان فى كتاب النكاح[٣] [٣٥٦/ب]

ولما التحق النظر إلى ذلك الموضع بالوطء تثبت به حرمة المصاهرة من أيهما [٤] وجد كما بحقيقة الوطء على ماقاله محمد، فيثبت به رجعة المطلقة ويسقط خيار الشرط وصار بمنزلة العيب أيضا. فإن الوطء عيب. ولأنه لما صار فى حكم الوطء، والوطء لا يتصور بدون الرجل. فإنه لا يحل إلا فى الملك، ثبت الاختيار حكما حتى يصير الوطء بحكم الملك [٥] وإن عدم قصده كما لو وطئها على تقدير أنها امرأته وجدها فى فراش منكوحة غير مطلقة.

***

١ـ العُقْر : هو صداق المرأة اذا وطئت بشبهة. (أنيس الفقهاء ص ١٥١ والمغرب ٧٤/٢ ولسان العرب ٥٩٥/٤)

وهو من عقر الشيء عقرا: إذا جرحه. وعقر البعير بالسيف: ضرب قوائمه به. قال فى لسان العرب (٥٩٥/٤) : « أصله : أن واطىء البكر يعقرها إذا اقتضها فسمى ما تعطاه للعقر عقرا ثم صار عاما لها وللثيب. وجمعه : الأعقار » . (يرجع الى الصحاح ٧٥٣/٢ - ٧٥٥ ولسان العرب ٥٩٢/٤ ، ٥٩٥ والمغرب ٧٤/٢)

٢ـ الأرُوُش : جمع الأرش. سبق ذكره وتعريفه فى ص : ١٩٠

٣ـ راجع القول فى حكم النكاح (لوحة ١٨٨/ب و ١٨٩ /أ وما بعدها من نسخة سراي أحمد الثالث).

٤ـ من الرجل أو المرأة

٥ـ صيانة عن ارتكاب الحرام كما ذكر فى ص : ٣٦٨

مسألة

[الخلاف في حكم هلاك المبيع في يد المشتري بفعل البائع في مدة الخيار]

إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام، فقبضه ثم قتله البائع في المدة سقط الخيار عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يسقط[١] ، لأن تغير المبيع بمنزلة العيب وإنما سقط الخيار بالعيب لضرر يلحق البائع حتى لو ارتفع في المدة ملك صاحب الخيار رده. والبائع ههنا هو الذي عيب. فصار راضيا به. ولما رضي لم يسقط به الخيار.

ومع الخيار لا يتم العقد. فيتحول إلى القيمة. كما لو قتل المبيع قبل القبض ووجبت القيمة. وإذا تحول إليها صح الرد بالخيار.

إلا أنه[٢] يقول: التغير بعد القبض[٣] مسقط للخيار كما لو تغير بنفسه أو قتله أجنبي. وقد وجد التغير.

وقولهما: إن البائع راض بهذا التغير لحكم المباشرة، فكذلك » ولكن (رضا)[٤] على المشتري لأن التغير حكمه أن يلزم المشتري، فيكون التغير رضا بلزوم المشترى لا إياه.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ يرجع للمسألة إلى فتح القدير لابن الهمام (٥٠٦/٥) والبحر الرائق (١٤/٦) وأشار فى فتح القدير أن عدم سقوط خيار المشتري فى هذه الحالة مروي عن أبى يوسف وحده

٢ـ يعني أبا حنيفة رحمه الله

٣ـ أي بعد قبض المشتري المبيع

٤ـ في نسخة ب : « رضيا »

فصل

فى خيار هو غير ثابت عندنا

[الخلاف فى خيار المجلس]

وقال علماؤنا : لا يثبت فى البيع خيار المجلس[١]

وقال الشافعي: يثبت[٢] . وله قولان فى الملك كما فى خيار الشرط[٣]

لما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا »[٤]

وأنه[٥] اسم مشتق من البيع (و)[٦] لا يتسميان به إلا بعد المباشرة . وفي رواية: « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار مالم يتفرقا »[٧] وفى رواية « إلا بيع

١- يرجع أيضا إلى الهداية وشروحها ٤٦٤/٥ تحفة الفقهاء ٣٧/٢ واللباب فى شرح الكتاب ٤/٢ والبحر الرائق ٢٦٣/٥ وعقود الجواهر المنيفة ١١/٢ وما بعدها

٢- الأم ٤/٣ والاصطلام ٨٠/٢ ب والمهذب ٢٦٤/١ ومغني المحتاج ٤٣/٢ وروضة الطالبين ٤٣٣/٣

٣- المهذب ٢٦٦/١ ومغني المحتاج ٤٨/٢ وروضة الطالبين ٤٤٨/٣ ، زاد هناك فى نسخة ب : « له » خطأ.

قال في الروضة (٤٤٨/٣) : « ملك المبيع فى زمن الخيار لمن ؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها : للمشتري والملك فى الثمن للبائع.

والثاني: للبائع . والملك فى الثمن للمشتري.

والثالث: موقوف. فإن تم البيع بان حصول الملك للمشتري بنفس البيع وإلا بان ملك البائع لم يزل. وكذا يتوقف فى الثمن. وفي موضع الأقوال طرق ... » راجع إليه.

٤- الحديث: هو الطرف الأول من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه المتفق عليه بلفظ « البيعان » . عن النبي ﷺ قال: « البيعان بالخيار مالم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما. وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما »

وهو عند البخاري - فى عدة مواضع فى كتاب البيوع. منها ما فى باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا (٣١٦/٩) وعند مسلم - فى البيوع / باب الصدق فى البيع والبيان (١١٦٤/٣)

٥- يعنى لفظ « المتبايعان »

٦- غير موجود فى نسخة ب

٧- جاء ذلك فى رواية ابن عمر رضي الله عنهما قال: أن رسول الله ﷺ قال: « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يتفرقا إلا بيع الخيار» والحديث متفق عليه أيضا.

وهو عند البخاري - البيوع / باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا (٣١٧/٩)

وهو عند مسلم - البيوع. / باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١١٦٣/٣)

خيار »[١] يعني خيار الشرط. فإنه لا يتوقت بالمجلس.

والمعنى فيه: أن عقد البيع عقد تجارة يطلب بها الربح. وأنه يتعذر تحقيقه للعاقدين جميعا. فبين الشرع جوازه على التراضي وانبرامه على استيفاء النظر. وأنه لا يتم بأول الرؤية. فعلق الانبرام بنظر في المجلس نفيا للغبن، وتحصيلا للتراضي؛ لأن لساعات المجلس حكماً يبدأ به في صيانة مقاصد العقد. ألا ترى أنه باب السلم والصرف لما كانا دينا بدين وأنه مفسد.

والقبض حكم[٢] العقد لا يتصور إلا بعدها. علق الجواز[٣] بقبض يوجد في المجلس صيانة للمقصود به. و جعل الوجود في آخره. كالمقارن. والمقصود مرة يرتفع بالتمام ومرة بالانفساخ. والمقصود هو صلاح المال. وربما يغبن فلا يتم غرضه الا بالفسخ.

فلما جعل ساعات المجلس كابتدائه في القبض الذى هو تمام الغرض المتعلق بالإمضاء وكذلك جعلت في الخيار الذي كان قبل القبول الذي به تمام الغرض المتعلق بالفسخ. فبهذا يبقى الغبن وهو مقصود، وبالإمضاء يجلب الربح وهو مقصود بخلاف النكاح؛ لأنه شرع للازدواج والنسل، لا لربح مالي أو ضده. فلم يعلق الانبرام بنظر هو سبب لنفي الغبن والوقوف على قدر القيم التي تخفى على الناظر، بل علق بنفس المرأة. فمعنى النسل واقتضاء الشهوة متعين في العقد فائت في الرد.

فأما المطلوب بالتجارة صلاح المال. وربما يكون في الإمضاء نقصان مال.

١ـ وهو وارد في حديث ابن عمر رضى الله عنهما . سبق لفظه آنفا. وللحديث روايات وألفاظ أخرى في كتب الحديث.

٢ـ الحكم هنا بمعنى الأثر أي أن قبض المبيع هو الأثر المترتب على عقد البيع

٣ـ أي في عقدي السلم والصرف.

ففي الرد حفظ من النقصان. فيكون صلاحنا فى مقابلة الضرر.

وعن ابن عمر[١] : أنه كان إذا باع مشى هنيهة[٢] . فدل أنه كان يرى خيار المجلس.

ولعلمائنا : قول الله تعالى: ﴿ أوفوا بالعقود ﴾[٣]

وقوله عليه السلام : « المسلمون عند شروطهم »[٤] وقال عمر : « البيع صفقة أو خيار »[٥]

١- سبق ذكره وترجمته في ص : ١١١

٢- عمل ابن عمر رضى الله عنهما مروي فى الصحيحين وفى سنن الترمذي عن نافع بألفاظ مختلفة:

قال في صحيح البخاري - البيوع / باب كم يجوز الخيار (٣١٤/٩) : « قال نافع : وكان ابن عمر إذا اشترى شيئا يعجبه فارق صاحبه »

وقال فى صحيح مسلم - البيوع / باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (١١٦٤/٣) « قال نافع : فكان إذا بايع رجلا فأراد أن لا يقيله، قام فمشى هنية ثم رجع إليه » وقال فى سنن الترمذي - البيوع / باب ما جاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا (٥٤٨/٣) : « فكان ابن عمر إذا ابتاع بيعا وهو قاعد، قام ليجب له البيع »

٣- سورة المائدة -١ والآية بكاملها : ﴿ يآ أيها الذين آمنوآأوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد ﴾

٤- الحديث : أخرجه الترمذي - فى الأحكام / باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ فى الصلح بين الناس (٦٣٤/٣ - ٦٣٥) عن كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما. والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما »

وقال: « هذا حديث حسن صحيح » ورواه أيضا الحاكم فى المستدرك - الأحكام / باب الصلح جائز بين المسلمين إلا ماحرم حلالا (١٠١/٤) وسكت عنه ، وقال الذهبي: هو حديث واه.

وجاء أيضا فى حديث أخرجه أبوداود عن أبي هريرة رضى اللهعنه بطريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح (٢١٣/٥ - ٢١٤) قال رسول الله ﷺ : « الصلح جائز بين المسلمين .. الحديث » وقال : « وزاد سليمان بن داود، وهو الهروي: وقال رسول الله ﷺ : « المسلمون عند شروطهم» وأخرجه بكلا الطريقين الدار قطني - في البيوع (٢٧/٣)

وأخرجه أيضا بطريق عروة عن عائشة رضى الله عنها بلفظ : « المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق » وضعف روايه عبدالعزيز بن عبدالرحمن . وقريبا من هذا اللفظ أخرجه عن أنس بن مالك (٢٨/٣)

٥- أثر عمر - رضى الله عنه : رواه أبو يوسف عن مطرف عن الشعبى أن عمر قال : « البيع عن صفقة أو خيار » (اعلاء السنن ٢٤/١٤)

ورواه الشافعى فى الأم ٩/٣ عن عمر رضى الله عنه فقال : « فانا روينا عن عمر أنه قال : «

والصفقة عند العرب عبارة عن النافذة اللازمة. يقول العرب: « صفقة لم يشهدها (حاطب)[١] مثل يتمثل فى أمر أمضى دون رأي الرجل وأقرت عليه.

والمعنى فى المسألة: أن البيع عقد معاوضة، فيجب بنفسه ويلزم قياسا على النكاح.

وهذا؛ لأن الشرع نفي حكم العقد بالعوض حتى أوجب الملك بنفسه من غير قبض شرط فيه بخلاف التمليك بلا عوض من صدقة أو هبة .

ولأنه بعد المجلس أو سقوط خيار الشرط. الموجب للملك هو العقد.

فثبت أن العقد نفسه شرع علة للملك. والعلة إذا ثبتت لم يتخلف عنها الحكم إلا بعارض، و لا عارض فيه شرطا. وإنه محسوس .

فمن ادعى عارضا شرعا احتاج إلى دلالة. فإن منع العلة عن العمل بعارض كدعوى الخصوص على العموم.

فأما الجواب عن الخبر[٢] : أن المراد به خيار الإقالة[٣] بخلاف النكاح بدليل أنه أضاف إليهما[٤] وإنما الإقالة المبتدأة يتعلق باختيارهما جميعا، لا الرد

البيع عن صفقة أو خيار »
ومن الظاهر أن فيه انقطاع . ورواه أيضا بطريق أبى يوسف (٩/٣) بسنده المذكور.

١ـ فى نسخة أ و ب : « خاطب » بالخاء المعجمة . والتصحيح من كتاب الأمثال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص ٢٦٧ والصحاح (١١٣/١) ولسان العرب (٣٢٣/١) ثم المثل جرى فى حاطب بن أبي بلتعة رضى الله عنه وكان حازما. (المغرب (٢١١/) قال فى الصحاح (١١٣/١) : « قولهم : صفقة لم يشهدها حاطب. وهو حاطب بن أبي بلتعة وكان حازما »
ومثله فى لسان العرب (٣٢٣/١)

٢ـ أي عن الاستدلال بقوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا »

٣ـ سبق تعريف الإقالة. راجع الى ص: ٣٣٩
حمل أكثر فقهاء الحنفية قوله ﷺ : « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » التفرق بالقول دون الأبدان. ولذا قالوا: إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد. ويسمون هذا الخيار خيار القبول.
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية.
(الهداية ٤٦٠/٥ ، ٤٦٤ وعقود الجواهر المنيفة ١١/٢)

٤ - أى أضاف إلى العاقدين بقوله عليه الصلاة و السلام : « المتبايعان ... الحديث. »

بخيار المجلس.

والرواية الثانية، فغريب. وإنه باب يعم به البلوى. فلا يقبل فيه الغريب. ألا ترى أنه قال فى آخره: « ولا يفارق أحدهما صاحبه مخافة أن يستقيله »[١] ولم يقل: أن يرد عليه .

وكذلك الصحابة اختلفوا، ولم يجز المحاجة بهذا الحديث فإنه لو جرى لظهر ولرجع عمر عن قوله[٢] أو يقول: لم يرد عن الصحابة / خيار المجلس. [٣٥٧/أ]

وابن عمر يحتمل أنه كان يمشي احتياطا حتى لا يتأول أحد ذلك الحديث فيرد عليه .

أما الجواب عن المعنى[٣] : أنه لا يجوز اعتبار مايتم به العقد بما ينفسخ به العقد، لأن العقد يعقد للتمام لا للفسخ فنظر الشرع لنا بالمجلس لتمامه الذي هو حكمة المشروع فيه لا يدل على ضده. بل يدل على امتناع المفسد عن عمله بالمجلس على عمل المجوز عمله فى المجلس.

وقولهم: « إن الغرض صلاح المال، وذلك مرة بالتمام ومرة بالفسخ » ليس بشيء، لأن البيع لما بنى على التراضى والاختيار لم يلحق المغبون غبن إلا باختياره. فسقط اعتباره شرعا فيما يكسب على نفسه.

١ـ ورد ذلك فى حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه الذي أخرجه أبوداود والترمذي والنسائي بنفس الطريق. وقال الترمذي : « حديث حسن »
الحديث عند أبي داود - فى البيوع / باب خيار المتبايعين (٩٣/٥)
وعند الترمذي - في البيوع / باب ماجاء فى البيعين بالخيار مالم يتفرقا (٥٥٠/٣)
وعند النسائي - فى البيوع - / باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما (٢٥٠/٧ ـ ٢٥٢)

٢ـ وهو قوله : « البيع صفقة أو خيار » راجع ص : ٣٧٣

٣ـ أي عن قولهم: « إن عقد البيع عقد تجارة يطلب بها الربح ... » راجع ص : ٣٧٢

ألا ترى أنه إذا اكتسب معصية عوقب عليه، ولم ينظر له بأن يقع هدرا، وكذلك هذا. ألا ترى أنة لا يغبن إلا بجهله. والجهل ليس بعذر بعد البلوغ من العاقلين. فإنه هو الذي ترك سبب العلم مختارا حين بقى جاهلا. فكان الوبال عليه. وكذلك شرع النبي عليه السلام الخيار ثلاثة أيام[١] لنفي الغبن. فلما تركه مختارا كان الوبال عليه. فثبت أن القياس فى هذا الباب (معنا)[٢] وما قاله الخصم لا يثبت إلا شرعا.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ راجع ص : ٣٠٨، ٣١٠، ٣١١

٢ـ في نسخة ب : « معنى » وهو تصحيف

مسألة

[الخلاف فى ثبوت الخيار بإفلاس المشترى]

إذا أفلس [١] المشترى لم يثبت خيار الفسخ للبائع[٢]

وقال الشافعى : يثبت[٣] ، لما روى النبى عليه السلام : « إذا أفلس المشترى ووجد البائع متاعه عنده فهو أحق به. »[٤] ولأن الثمن أحد عوضى البيع فتعذر قبضِه

١ـ أَفْلَسَ : أى زادت ديونه الحالة على ماله أو عجز عن أداء ديونه الحالة . (مغنى المحتاج ١٤٦/٢ والعناية ٢٠٩/٨) وهو مأخوذ من أفلس الرجل يُفلِسُ إفلاساً : إذا صار إلى حال ليس له فلوس.
وبعضهم قال : صار ذا فُلُوس بعد أن كان ذا دراهم .
قال فى الصحاح (٩٥٩/٣) : « وقد أفلس الرجل : صار مفلساً ، كأنما صارت دراهمه فلوساً وزيوفاً ، كما يقال : أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاء، وأقطف : صارت دابة قطوفاً .
ويجوز أن يراد به أنه صار إلى حالٍ يقال فيها : ليس معه فَلْس؛ كما يقال : أقهر الرجل إذا صار إلى حال يقهر عليها، وأذل الرجل : صار إلى حال يذل فيها.
وقد فلسه القاضى تفليساً : نادى عليه أنه أفلس. »
ومن أفلس فهو مُفْلِس والجمع : مَفَالِيس.
(الصحاح ٩٥٩/٣ ولسان العرب ١٦٥/٦ـ١٦٦ والمصباح المنير ٤٨١/٢)

٢ـ لا شك أن ذلك بعد قبض المبيع وقبل أداء الثمن؛ لأن المشترى لو لم يقبض المبيع فللبائع حق حبس المتاع حتى يقبض الثمن.
وأما إذا قبض البائع ثمن متاعه فقد وصل حقه وتم العقد من الجانبين.
(يرجع إلى الهداية ٢٠٩/٨ والعناية ٢٠٩/٨ والبحر الرائق ٤٨/٨).

٣ـ الأم ١٩٩/٣ ومغنى المحتاج ١٥٨/٢ والمهذب ٣٢٩/١. قال فيه : « وإن كان فى الغرماء من باع منه شيئا قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله على صفته ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبى ﷺ قال : « من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء. »

٤ـ الحديث متفق عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه
وهو عند البخارى - فى الاستقراض ... / باب إذا وجد ماله عند مفلس فى البيع والقرض والوديعة فهو أحق به. (٢٤٨/١٠)
وعند مسلم - فى المساقاة / باب من أدرك ماباعه عند المشترى وقد أفلس، فله الرجوع فيه (١١٩٣/٣، ١١٩٤)
وفى أحد ألفاظ مسلم: النبى ﷺ قال: « إذا أفلس الرجل، فوجد الرجل متاعه بعينه فهو أحق به. »
إن الحديث أيضاً: عند أبى داود - فى البيوع / باب فى الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه (١٧٣/٥) والترمذى - فى البيوع / باب ما جاء إذا أفلس، للرجل غريم فيجد عنده متاعه (٥٦٢/٣ - ٥٦٣) وقال: « حديث أبى هريرة حديث حسن صحيح »
و النسائى - فى البيوع/باب الرجل يبتاع البيع و يوجد المتاع بعينه (٧/ ٢١١)
و ابن ماجة - فى الأحكام/باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس (٢/ ٧٩٠)

يوجب للعاقد خيار الفسخ قياسا على تعذر قبض المبيع من عين فضل أو بغضب أو دين كالسلم ينقطع[١] أو أنه قياسا على العبد يعجز عن أداء الكتابة، وما عجز إلا عن أداء ثمنه.

ألا ترى أن هلاك المبيع العين قبل القبض لما أوجب نقض البيع أوجب هلاك الثمن كذلك نحو ما اشترى بفلوس وكسدت[٢] وليس فيما أن الاستبدال بالثمن قبل القبض جائز مايدل على أن قبضه ليس بشرط (لقرار)[٣] العقد. فإن التصرف فى العقار قبل القبض جائز عند أبى حنيفة، وتعذر قبضه يوجب خيار الفسخ، والإبراء عن السلم جائز، وتعذر قبضه يوجب خيار الفسخ. وهذا، لأن التصرف يتضمن القبض كإعتاق العبد قبل القبض الذى يدل عليه: أن العقد عقد معاوضة ومساواة بينهما. فلما ثبت لأحدهما خيار الفسخ يتعذر القبض، فكذا للآخر (ليستويا)[٤] ولأن البيع تتعلق صحته وتمامه بمبيع ممكن التسليم والتعيين للعاقد.

فكذلك يتعلق بثمن ممكن، والتسليم والتعيين للعاقد ليستوفى حكم العقد فى العوضين، لأنه عقد معاوضة.

ألا ترى أنه فى باب الصرف لما أوجب قبض أحد البدلين ليصير عيناً بدين أوجب فى الآخر ليستويا.

ولأن المقصود الملك واليد، بل اليد ليستوفى الأغراض، واليد لا ترد إلا على عين. ولهذا كان للقبض مشابهة بالعقد. فلما استويا فى جانب الملك فكذلك فى

١ـ أى ينقطع عن أيدى الناس (العناية ٢٠٩/٨).

٢ـ كساد الفلوس: عدم ترويجها فى السوق الكساد: خلاف النفاق ونقيضه.
وكسد الشيء كساداً. فهو كاسد وكسيد، وسلعة كاسدة. وكسدت السوق تكسد كساداً: لم تنفق. (الصحاح ٥٣١/٢، ولسان العرب ٣٨٠/٣).

٣ـ فى نسخة (ب): «اقرار»

٤ـ غير موجود فى نسخة: (ا)

جانب اليد. ألا ترى أن البائع يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ليساويه فى التعيين.

فعلم أن تعيين الثمن بالقبض موجب العقد؛ لأن العقد إنما يوجب التسوية فى موجباته.

ولأن اليد متى تعذرت[١] أوجب خللا فى المقصود بالعقد فجرى مجرى العيب.

ثم القدرة على تسليم (العين)[٢] (باليد عليها. والقدرة على تسليم)[٣] (الدين)[٤] بوصول اليد إلى مثله. وبالإفلاس تبعد يده عن المثل كما تبعد عن العين بالضلال.

ولهذا قلنا: إن الكتابة الحالة باطلة؛ لأن العبد عاجز عن الثمن؛ لأنا نتيقن حال الرق قبل الكتابة بعدم الملك المطلق للتسليم. وبعد الكتابة لا يقدر[٥] إلا بتكسب. ولا يمكنه التكسب إلا بمدة كما قلتم أنتم فى بطلان السلم الحال لهذا المعنى بخلاف الحر[٦]؛ لأنا لا نبتغى بعجزه. والشروع فى عقد الضمان دليل على القدرة، أو يقدر بدخول المبيع فى ملكه.

والشرط قيام القدرة عند وجوب التسليم لما قبله. والقدرة ثبتت بطريق الوصول إليه. وقدرة تسليم الدين بملك مثله. وطريق الملك قيام الحرية. وإنه ثابت للحر غير ثابت للعبد ولا يلزم حيث لا يجوز البيع حتى يتعين المبيع، وجوزنا الشراء بثمن غير عين؛ لأنا نجوز البيع سلماً والمبيع غير عين. ولأن القياس أن لا

١ـ أي متى تعذرت عن الأداء لعدم القدرة على ملك عين المبيع أو الثمن أو مثله.
٢ـ غير موجود فى نسخة (ا) و (ب). والاثبات من مقابل نسخة (ب)
٣ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة (ب)
٤ـ فى نسخة (ب): «بالدين»
٥ـ أى لا يقدر أداء ما يجب عليه بعقد الكتابة
٦ـ فى أداء دينه

يجوز إلا عيناً بعين. إلا أنا جوزنا الشراء بثمن غير عين توسعة على الناس فى تقريرهم على اعتياد الشراء بثمن فى الذمة ليساوى أجزاء المالية من نقد واحد. فلما تركوا التعيين للتساوى أقرهم الشرع عليه تيسيراً.

فأما القبض بعد ذلك فما فيه مساهلة عادة، بل مماكسة وضيق كما فى جانب المبيع.

ولعلمائنا: النصوص الموجبة للوفاء بالعقود[١]

وروى أن معاذاً[٢] لحقه ديون وأفلس. فباع رسول الله [ﷺ] متاعه فى ديونه[٣] ولم يستفسر؛ هل فيها سلعة لبائع ؟

١ـ كقوله عز و جل: ﴿ يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ... ﴾ سورة المائدة - ١.
وقوله عليه الصلاة والسلام: « المسلمون عند شروطهم. ». أخرجه الترمذى وأبى داود والحاكم.
سبق ذكره وتخريجه فى ص: ٣٧٣

٢ـ هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس بن عائد بن كعب الأنصارى الخزرجى أبو عبدالرحمن من أعيان الصحابة. شهد العقبة وبدراً والمشاهد كلها. كان رضى الله عنه طوالا حسن الشعر عظيم العينين، أبيض، براق الثنايا.
بعثه رسول الله ﷺ إلى الجند باليمن يعلم الناس القرآن وشرائع الاسلام ويقضى بينهم. وجعل إليه قبض الصدقات من العمال الذين باليمن.
هو الامام المقدم فى علم الحلال والحرام.
كانت وفاته بالطاعون فى الشام سنة ثمانى عشرة على الأصح.
(الاستيعاب ٣٥٥/٣ والاصابة ٤٢٦/٣، تقريب التهذيب ص ٥٣٥)

٣ـ الحديث: أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه - كتاب البيوع / باب المفلس والمحجورعليه (٢٦٨/٨).
قال: « حدثنا معمر عن الزهرى عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه قال: كان معاذ ابن جبل رجلا سمحاً، شاباً جميلا من أفضل شباب قومه. وكان لا يمسك شيئاً، فلم يكن يدان حتى أغلق ماله كله من الدين. فأتى النبى ﷺ يطلب إليه أن يسأل غرماءه أن يضعوا له؛ فأبوا. فلو تركوا لأحد من أجل أحد تركوا لمعاذ بن جبل من أجل النبى ﷺ .
فباع النبى ﷺ كل ماله فى دينه حتى قام معاذ بغير شيء.
حتى إذا كان عام فتح مكة بعثه النبى ﷺ على طائفة من اليمن ليجبره ... »
وذكر فى آخر القصة أن معمراً قال: « فأخبرنى رجل من قريش قال: سمعت الزهرى يقول: لما باع النبى ﷺ مال معاذ أوقفه للنامس فقال: « من باع هذا شيئاً فهو باطل »...
وذكر ابن عبدالبر فى الاستيعاب خلال ترجمة معاذ بن جبل رضى الله عنه هذه الرواية عن عبدالرزاق. (٣٥٨/٣).

وروى أبو بكر الجصاص[١] فى شرح مختصر الطحاوى[٢] باسناده عن أبى هريرة عن النبى عليه السلام: « من باع بيعاً فوجده. وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه. »[٣]

والفقه فيه: أن قدرة المشترى على تسليم الثمن حين وجوبه ليس بشرط للجواز، ففواته لا يوجب خللاً فيه كالقدرة بقيام ملك اليمين لما لم يكن شرطاً / فعدم الملك من بعد لا يوجب خللاً. [٣٥٧/ب]

وكذلك قيام قدرة المشترى بيده لما لم يكن شرطا. ففواتها بأن حىّ أو مات[٤]

١- هو أحمد بن على الجصاص أبو بكر الرازى.
قال فى الجواهر المضية (٢٢٠/١): « أحمد بن على أبو بكر الرازى الامام الكبير الشأن المعروف بالجصاص. وهو لقب له. وكتب الأصحاب والتواريخ مشحونة بذلك. »
أخذ عن أبى سهل الزجاج وتفقه على أبى الحسن الكرخى وبه انتفع وعليه تخرج.
واستقر له التدريس ببغداد وانتهت الرحلة إليه. وكان مشهوراً بالزهد. كان مولده سنة خمس وثلاثمائة وتوفى سابع ذى الحجة سنة سبعين وثلاثمائة.
وله تصانيف، منها: أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخى، وشرح مختصر الطحاوى، وشرح الجامع لمحمد بن الحسن وكتاب فى أصول الفقه وأدب القاضى وشرح الأسماء الحسنى.
(الجواهر المضية ٢٢٠/١ والفوائد البهية ص ٢٧)

٢- هو أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوى الأزرى الفقيه الإمام الحافظ.
ولد سنة تسع وعشرين ومائتين.
صحب المزنى - وهو خاله - وتفقه به، ثم ترك مذهبه وتفقه فى مذهب أبى حنيفة وصار إماماً جليل القدر مشهوراً فى الآفاق. أخذ الفقه عن أبى جعفر أحمد بن أبى عمران بمصر. وخرج إلى الشام سنة ثمان وستين ومائتين، فلقى بها قاضى القضاة أبا حازم عبدالحميد بن جعفر فأخذ عنه عن عيسى بن أبان عن محمد.
وسمع الحديث من خلق من المصريين والغرباء القادمين إلى مصر. وروى عنه الخلق الكثير. جمع بعضهم مشايخه فى جزء ومن روى عنه بجزء. وله تصانيف جليلة معتبرة، فمنها: أحكام القرآن، كتاب معانى الآثار، ومشكل الآثار. والمختصر وشرح الجامع الكبير وشرح الجامع الصغير، واختلاف العلماء، وكتاب الشروط الكبير والصغير والأوسط وتاريخ كبير. توفى - رحمه الله - سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة. (الجواهر المضية ٢٧١/١-٢٧٧، والفوائد البهية ص ٣١-٣٤)

٣- الحديث: جاء بهذا المعنى حديث أخرجه الدار قطنى فى سننه - فى كتاب البيوع (٣٠/٣) بطريق اسماعيل بن عياش عن الزبيدى عن الزهرى عن أبى بكر عن عبدالرحمن عن أبى هريرة عن النبى ﷺ . ولفظه: « وأيما امرئ هلك وعنده مال امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء. »
قال اسماعيل بن عياش مضطرب الحديث. (الدار قطنى ٣٠/٣)

٤- أى بأن كان حيًّا أو ميتًا

لا يوجب خللاً.

والدليل عليه: أن التسليم يجب فى العقد بنفس الفراغ عن العقد. والقدرة إنما يكون بإصابة العين فى ملكه؛ لأن تسليم مال الغير بحقه لا يتعذر كما فى جانب المبيع لا يوصف بالقدرة إلا بالعين فى ملكه حتى إذا باع عبداً ليس فى في ملكه ثمَّ (ملكه)[١] فسلم لم يجز.

وبالإجماع يجوز شراء المشترى حالاً، وإن لم يكن عنده الثمن مملوكاً. والملك ليس يقع بالفراغ عن البيع فى الثمن. فيكون عاجزاً عند الوجوب كالمكاتب[٢]

وقولك: يجوز أن يكون المشترى مالكاً غير قوىّ: فإن الملك لا يثبت بجواز أن يملك بسببه مالم يحدُث السبب. ولأن العدم لو كان مفسداً كان إذا تبين الأمر بخلاف الظاهر فسد كما فى جانب المبيع إذا استحق. ولأنه إنما يشترط القدرة على التسليم ماوجب بالعقد. والثمن الواجب بالعقد لا يوصف بأن كان مقدور التسليم حين العقد ولم يكن موجوداً. ولهذا أبطلنا السلم الحال؛ لأنه بيع ماليس فى ملكه فيكون عاجزاً. والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع. والقدرة بالملك كما فى العين. ولا يثبت الملك له بالسلم، وإنما يثبت عليه. فيبقى عاجزاً حين وجوب التسليم دون الملك، كما يعجز فى غير أوانه، فلا يجوز[٣] إلا بمدة فيمكّن فيه من (التملك)[٤] ليقوم مقام الملك بقدر الإمكان كما قلتم أنتم فى الكتابة.

١ـ فى نسخة (ا) « ملك »

٢ـ إن المكاتب يعقد الكتابة مع سيده وليس له من مال ليدفعه إلى سيده. وهو قد يكسب مالاً. ويدفع ما وجب عليه بالعقد وقد يعجز ويرجع إلى سيده.

٣ـ أى لا يجوز السلم

٤ـ فى نسخة ب : «التمليك»

وإذا كانت القدرة عن تسليم السلم شرطا حين الوجوب والقدرة بإصابة مثله. وبانقطاع الأول عدمت الإصابة، ذهبت قدرة مثله فيخير العاقد لتغير شرط عقده كالمبيع العين إذا ضلّ عن اليد الذى هو طريق قدرة تسليمه، بخلاف المكاتب يعجز عن الأداء. فإن المولى يخير؛ لأن الملك موجب هذا العقد عند الأداء. وبالعجز يعود الأداء فيختل أمر الملك الذى هو حكم العقد. والخلل متى وقع (فى)[١] موجب العقد أو شرطه جاز أن تتغير به صفة العقد إلى غير لزوم إذا كان عقداً يحتمل الفسخ والتغير أصلاً. فأما إذا وقع فى غير شرطه ولا حكمه فلا.

وكذلك إذا اشترى بفلوس وكسدت الفلوس؛ لأن الواجب بالعقد ملك ثمن. وبالكساد تهلك الثمنية ويبقى[٢] مثمناً، وإنهما [٣] غيران فيبطل العقد بفوات ملك الثمن قبل القبض، كما إذا فات ملك الثمن؛ لأنهما سواء فى حق الملك. فإن البيع يوجب ملكاً يملك (معاً)[٤] وإنما يفترقان فى حق اليد. والقدرة على التسليم على مابينا [٥]

ويدل عليه: أن البايع إذا قبض حقه لم يقبض إلا مثله، حتى إذا تفاسخا[٦] العقد لم يلزمه رد المقبوض. فإذا كان الثمن الأصلى بحيث لا يتصور عليه اليد ولا يتصف بالتسليم بحال. لم يكن الخلل الواقع فى القبض واقعاً فيما وجب بالعقد. بل كان مقتصراً على المثل الذى لم يجب بالعقد. والخلل فيما لم يجب بالعقد لا يوجب خيار الفسخ فى العقد على ما قلنا[٧]بخلاف السلم إذا انقطع أوانه؛ لأن

١ـ غير موجود فى نسخة(أ)
٢ـ أى يبقى الفلوس
٣ـ أى الثمن والمثمن
٤ـ تكرر فى نسخة(أ.)
٥ـ راجع ص : ٣٨١ـ٣٨٢
٦ـ أى تفاسخ البيعان العقد
٧ـ راجع ص: ٣٨١

المقبوض سلماً فى حكم عين الواجب بالسلم. حتى إذا تفاسخا[١] لزمه[٢] رد عينه.

ولما كان للمثل العين حكم الواجب بالعقد صار الخلل الواقع فى القدرة على تسليمه فى حكم الخلل الواقع فى تسليم العين بأن ضلّ.

فإن قيل: والثمن عندنا إذا قبض كان فى حكم عين الواجب.

قلنا: إذا ذكرنا الكلام على سبيل المدافعة دون الإلزام، فيكفينا ذكر (المذهب)[٣] ثم الحجة: أن المقبوض غير الواجب حقيقة؛ لأن الواجب دين وهذا عين. وذلك فى الذمة وهذا فى الكيس. وإنما جعل فى حكم عين الواجب فى باب السلم بخلاف الحقيقة، لأن السلم لا يجوز الاستبدال به قبل القبض. ومتى بقي غيره حكماً لا يتصور ملكه إلا بدلاً عنه.

فأما الديون التى يصح الاستبدال بها. فلا تضطرنا شرعاً إلى أن جعل العين فى حكم الدين فنجوزه. كذلك غيره ومثله. وعلى أن انقطاع الأوان بخلاف الإفلاس. وإن سلمنا أن السلم والثمن فى حكم القبض؛ لأنا جعلنا المثل الذى يسلم من الموجود فى العالم فى حكم عين الواجب بالعقد، كان العجز عنه ببعده عن العالم. وذلك بانقطاع الأوان لا يبعده عن يده، فإن الكينونة [٤]فى يده لو كان تسبباً للقدرة التى هي شرط البيع لما جاز إذا تم العقد وهو غير كائن فى يده ولا ملكه كما فى بيع العين.

١ـ أى تفاسخ الطرفان فى عقد السلم

٢ـ أي لزمه المسلم إليه رد عين رأس المال. قال فى تحفة الفقهاء (١٨/٢): « وأما الاستبدال برأس المال بعد الإقالة أو بعد انفساخ السلم بأى طريق كان، فلا يجوز فى قول علمائنا الثلاثة استحساناً.

والقياس أن يجوز، وهو قول زفر، سواء كان رأس المال عيناً أو ديناً. »

٣ـ فى نسخة ب: «المذاهب».

٤ـ أى كون الثمن فى يد المشترى

ولا وجب أيضاً إلا أن تكون تلك القدرة قائمة عند السبب الموجب ولن يتصور[١] فيما يجب بالعقد. وبالإفلاس لا ينعدم المثل عن العالم. وإنما يبعد عن يده، ولا بموته مفلساً. وإذا جعل الثمر رطباً[٢]وانقطع أوانه لم يجدله رواية:

وإن قيل: لا يفسخ[٣] ، فلما ذكرناأن القدرة على تسليم الثمن ليست بشرط بخلاف القدرة على تسليم المبيع. والسلم مبيع. ولهذا لم نجوز السلم الحال؛ لأن السلم مبيع. والقدرة على تسليم شرط حين وجود سبب التسليم. ألا ترى أن السلم الحال فى المنقطع لا يجوز لفوات القدرة كما لا يجوز بيع عين لا يقدر على تسليمه. والقدرة على التسليم ليست بإصابة العين مالم يكن ملكاً له. فإنه لو باع عبداً ثم

ملكه/فسلم لم يجز. فلا يكتفى لقدرة التسليم فيما هو سلم بإصابة المثل فى العالم [٣٥٨/أ]
بل بالإصابة فى ملكه؛ لأن القدرة لا تثبت بالمثل فى العالم مالم يملكه فلم نجوز [٤]
إلا بأجل ليخرج العقد من أن يكون موجباً للتسليم عقيبه. فلا يشترط لصحته قيام القدرة عليه كما قال الشافعى فى السلم فيما ينقطع عن العالم. إذا أسلم من غير حينه، لم يجز إلا بأجل من حينه ليوجد العين عند وجوب التسليم [٥]، فكذا جملته؛ لأن الملك شرط القدرة كالعين.

١ـ أى ولن يتصور ذلك السبب الموجب
٢ـ أي إذا جعل الثمن الرطب ثمناً فى العقد
٣ـ أى العقد
٤ـ أى لم نجوز السلم إلا بالأجل
٥ـ راجع المهذب ٣٠٥/١ ومغنى المحتاج ١٠٦/٢ قال فى المنهاج (١٠٦/٢): « يشترط كون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم. فإن كان يوجد ببلد آخر صحّ إن اعتيد نقله للبيع وإلا فلا ....
فقال فى مغنى المحتاج خلال شرحه هذه العبارة: « فإذا أسلم فى منقطع عند الحلول كالرطب فى الشتاء لم يصح. »

فإذا عرفت هذا خرجت الأجوبة عن قياسه على المبيع وبقى أن المقصود هو الملك واليد جميعاً. وأنه مسلم له غير أنه لما لم يمكن إيجاب اليد فى الثمن حكماً بالعقد لما ذكرنا من الأدلة[١] والعقد عقد معاوضةٍ مساواةٍ. لم يجب على البائع إزالة يده إلى يد المشترى حتى يثبت فى عوضه بقدر الممكن. فيلزم المشترى إثبات اليد والتعيين بالمثل الذى ليس بواجب بالعقد[٢] ؛ لأن العقد إنما يوجب تسليم ما (تناوله)[٣] ولكن بمقتضى المساواة التى تثبت لهما بحكم العقد. وبحكم تلك المساواة تأخر حقه فى اليد فى جانب المبيع. ولما كان حبس البائع المبيع إلى أن يقبض الثمن غير مستحق له بنفس العقد، بل بواسطة ثبوت المساواة، بقى له حق إبقاء يده إلى أن يتعين الآخر بيده بقى كذلك. وإن أفلس المشترى ولم يتجدد له حق آخر بخلل وقع فيما لم يوجبه العقد. وإذا سلم المبيع فقد أبطل ماله من الإمساك بحق المساواة فيبطل بلا معاوضة فى الإبطال. فلم يبق له حكم ثبت له بحق المساواة. وبقيت العبرة لنفس العقد بلا قيام واسطة المساواة. ونفس العقد بلا واسطة ما أوجب يداً فى الثمن على ما ذكرنا[٤] وإنه كشراء القريب إعتاق لا بعينه [٥] بل بواسطة الملك [٦] فإذا اشترى لغيره ولم يملك لم يعتق. وهذا كما لو شرط الأجل للمشترى لم يبق له حق الحبس بحق المساواة. ولم يكن هذا له بحكم العقد بلا قيام المساواة، فلم يثبت.

١ـ راجع ص : ٣٨٠ـ٣٨٢

٢ـ هناك بين الكلمتين زيادة فى نسخة ب: « ولكن بالعقد » وهى خطأ

٣ـ فى نسخة ب: « يتناوله ».

٤ـ راجع ص : ٣٨٢

٥ـ أى لا بعين الشراء

٦ـ راجع الهداية (٢٤٧/٤) والبحر الرائق (٢٢٧/٤) قال فيه: « وذكر فخر الاسلام البزدوى فى بحث العلل: أن العلة فى عتق القريب بالملك شيآن: القرابة والملك. ».

فالخصم اعتبر الثمن الدين بالسلم والإفلاس بانقطاع أوان المسلم فيه. وقد ذكرنا [١] أن الثمن ليس بنظير للسلم فى حق القبض، ولا انقطاع الأوان بنظير للإفلاس. بل الإفلاس نظير موت العاقد، لا اتصال له بالبدل. وإن اتصل كان خللاً فى صفة ما يوجب العقد سلامتها حكماً للعقد وشرطاً له؛ فيصير كفوت صفة الكتابة من عبد بيع مطلقاً بلا شرط صفة الكتابة.

إلا أن ما قاله الخصم أظهر، وما قلنا أدق وأحق.

ولهذا صحت الكتابة الحالة[٢] على قولنا مع عجز العبد عن تسليم الثمن.

والجواب عن حديثه: أن رواية أبى هريرة[٣] وقد روى عنه عن النبى عليه

١- راجع ص : ٣٨٢

٢- قال فى الهداية (٩٧/٨) بعد أن أشار إلى الاستدلال بظاهر قوله عز و جل: ﴿... والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ... ﴾ (سورة النور - ٣٣) من غير شرط التنجيم: « ولأنه عقد معاوضة. والبدل معقود به فأشبه الثمن فى البيع فى عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا: لأن المسلم فيه معقود عليه، فلابد من القدرة عليه.

ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً بخلاف السلم: لأن مبناه على المقايضة وفى الحال... »

(يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع ١٤٠/٤ واللباب فى شرح الكتاب ١٢٧/٣ مجمع الأنهر ٤٠٦/٢)

٣- أبو هريرة - رضى الله عنه - الصحابى الجليل حافظ الصحابة، الدوسى

اختلف فى اسمه واسم أبيه اختلافاً كثيراً: قيل: هو عبدالرحمن بن صخر وقيل: هو عبدالله بن عائذ وقيل: اسمه كان فى الجاهلية عبد شمس فسمى فى الاسلام عبدالله وقيل: إنه سعيد بن الحارث ... وقيل: هو عبد نهم بن عامر وقيل غير ذلك.

قال فى الاستيعاب (٢٠٢/٤): « قال أبو عمر: اختلفوا فى اسم أبى هريرة واسم أبيه اختلافاً كثيراً لا يحاط به ولا يضبط فى الجاهلية والاسلام ... »

وقال فى الاصابة (٢٠٤/٤): « قال النووى فى مواضع من كتبه: اسم أبى هريرة عبدالرحمن بن صخر على الأصح من ثلاثين قولاً. »

قال ابن عبدالبر (الاستيعاب ٢٠٥/٤): « روى يونس بن بكير عن ابن اسحاق قال: حدثنى بعض أصحابنا عن أبى هريرة قال: كان اسمى فى الجاهلية عبد شمس فسميت فى الاسلام عبدالرحمن. وإنما كنيت بأبى هريرة؛ لأنى وجدت هرة فحملتها فى كمى: فقيل لى: ماهذه؟ قلت: هرة. قيل: فأنت أبو هريرة. وقد روينا عنه أنه قال: كنت أحمل هرة يوماً فى كمى فرآنى رسول الله ﷺ فقال لى: « ما هذه؟ ». فقلت: هرة. فقال: « ياأبا هريرة ». وهذا أشبه عندى أن يكون النبى ﷺ كناه بذلك. والله أعلم. »

أسلم أبوهريرة عام خيبر وشهدها مع رسول الله ﷺ ثم لزمه وواظب عليه رغبة فى العلم راضياً

السلام بخلاف على مامر[١] وفى حديثكم زيادة: « وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » [٢]

تم تأويله: أنه كان فى حادثة بعينها قبض المشترى المتاع بغير إذن البائع وأفلس. ووجد البائع متاعه.

إلا أن الراوى ظن أن الحكم عام، فنقله بلفظه عاماً، وترك ذكر الحادثة بدليل ما روينا.

☆☆☆☆☆☆☆

بشبع بطنه، فكانت يده مع رسول الله ﷺ . وكان يدور معه حيث دار. وكان من أحفظ أصحاب رسول الله ﷺ . وكان يحضر مالا يحضر غيره بسبب اشتغالهم بالتجارة أو بحوائطهم. وقد شهد له رسول الله ﷺ بأنه حريص على العلم.

توفى - رضى الله عنه - بالمدينة المنورة سنة سبع وخمسين. وقيل غير ذلك.

(الاستيعاب ٢٠٢/٤ - ٢١٠، والإصابة ٢٠٢/٤ - ٢١١، وتقريب التهذيب ص ٦٨٠)

١- يعنى ما رواه أبوبكر الجصاص - رحمه الله - راجع ص :٣٨١

٢- هذه الزيادة موجودة فى رواية الدار قطنى (٣٠/٣) التى مرّ ذكرها.

فصـــــل

خيـار الـرؤية

أما شراء شيء لم يره فقد مر من قبل [١]

مســألــة

[الخلاف فى حكم رؤية الوكيل]

إذا اشترى شيئاً لم يره، ووكل انساناً بقبضه فقبضه الوكيل ورآه سقط الخيار عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما: لا يسقط[٢] .

وإحتجا فى الأصل: بأن المشترى وكله بالقبض لا بالاختيار. وإنه حكم آخر غير القبض فيبقى[٣] أجنبياً فى حقه. ألا ترى أنه لا يملك الرد.

وكذلك الرسول بالقبض يقبض ولا يسقط الخيار برؤيته[٤] .

وكذلك هذا الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار.

ولو قام مقام الموكل لسقط به كالموكل نفسه لو رأى ولم يقبض وكذلك لو كان فى البيع خيار الشرط أو خيار عيب لم يسقط برضا الوكيل بالقبض فى (هذا) [٥] الباب.

١- راجع ص : ٢١٤

٢- يرجع للمسألة أيضاً إلى المبسوط ٧٣/١٣، وفتح القدير لابن الهمام ٥٣٩/٥ والعناية ٥٣٩/٥، وبدائع الصنائع ٢٩٥/٥ - ٢٩٦)

٣- أي الوكيل

٤- اتفق أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد على أن المشترى إذا أرسل رسولاً لقبض المبيع الذى لم يره فقبضه الرسول لا يسقط خيار المشترى.
واختلفوا فى قبض الوكيل. فأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الوكيل والرسول. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: هما سواء.
(راجع للمزيد من المعرفة المبسوط ٧٣/١٣، والهداية وشروحها ٥٣٩/٥ وبدائع الصنائع ٢٩٥/٥ - ٢٩٦)

٥- غير موجود فى نسخة ب

ولأبي حنيفة: أن القبض صار حقاً للمشترى بحق العقدفصح أمره غيره. وقام الوكيل فيه مقامه. فصار حقاً له.

ألا ترى أنه [١] يخاصم البايع، والقاضى يلزمه التسليم إليه كما لو حضر الآمر.

والقبض المأمور به ضربان: - قبض ناقص مع خيار الرؤية.

- وتام بلا خيار.

والدليل عليه: أنه إذا اشترى شيئين لم يرهما فقبضهما ولم يرهما، فأراد رد أحدهما بالعيب أو بالخيار لم يملك كما قبل القبض أوفى خيار الشرط.

وبمثله لو رآهما ثم رد أحدهما بالعيب صح.

فملك الوكيل بمطلق الأمر بالقبض (بنوعى) [٢] القبض؛ لأنه لا تفصيل فيه كالوكيل بالبيع يملك البيع البات التام وبشرط الخيار، بخلاف الرسول؛ لأنه لم يؤمر بالقبض، وإنما أمر بأداء الرسالة إليه بالتسليم إليه. وإنما يملك أداء الرسالة على أتم الوجوه. ألا ترى أن البائع إذا لم يسلم إليه لم يملك الرسول الخصومة معه.

وبخلاف خيار الشرط؛ لأن الموكل لم يملك القبض التام من الخيار. ألا ترى أنه لو اشترى شيئين وقبضهما وفيه خيار الشرط لم يملك / رد أحدهما. وإذا لم [٣٥٨/ب] يملك الآمر القبض التام لم يملك أمر غيره به.

ولهذا قلنا: لا يملك هذا الوكيل الفسخ؛ لأنه لم يؤمر به، ولا الإجارة قبل القبض وإن رأى، لأنه لم يوكل به. وإنما وكل بالقبض التام. ولا تمام إلا بسقوط الخيار برؤيته. فثبت ذلك مقتضى ملكه تمام القبض فيقدر بقدره. ولم يملك قصداً

١- أى أن الوكيل

٢- فى نسخة ب: « نوعى »

كمن قال لآخر: « اعتق عبدك عنى بألف درهم ». فإن المأمور ملك المبيع منه مقتضى الإعتاق عنه [١] .

فلو قال: « اعتقت »؛ ثبت البيع.

ولو قال: « بعت »، مقصوداً بغير عتق لم يتم البيع [٢]

والشبهة أن المشترى ما ملك القبض التام مع قيام الخيار بعدم رؤيته. فإنه لو قبضهما ولم يرهما لم يتم الصفقة، ولم يملك التفريق بالعيب، ولا بخيار الرؤية كما لو كان له خيار شرط. وإنما يتم إذا قبض عن رؤية لسقوط الخيار برؤيته كما يتم قبض المشترى بالخيار مع الرضا بسقوط الخيار/ ويحتمل أن يكون الفرق بين هذا الخيار وخيار الشرط: أن خيار الشرط يمتنع ثبوت أحكام البيع فى حق من شرط له. فإن الثمن لا يملك عليه، فلا يملك الوكيل التصرف فى جانب الثمن؛ لأنه وكيل يقبض المبيع.

وههنا الثمن مملوك عليه، وله ولاية قبض المبيع تاماً برؤيته وغير تام. وقد أقام الوكيل فيه مقام نفسه، فجاز أن يملك (هو)[٣] القبض التام بمطلق الأمر. إذ ليس تحته تعدى الصرف إلى غير المقبوض.

والشبهة أن فيه تعدى التصرف إلى مالم يسم له من حق فى المقبوض. وكلاهما أظهر.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ إنما المقصود هو الإعتاق وثبوت ملك العبد من الذى قال لصاحب العبد: « اعتق عبدك عنى بألف درهم » مقتضى الإعتاق؛ لأنه لو لم يملك العبد قبل الإعتاق لم يملك عتقه »

٢ـ لأن القبول جاء مغايراً للايجاب.

٣ـ غير موجود فى نسخة(أ)

بســـم الله الرحمن الرحيـــم

فـصـــل خـيـــار العـيـب[١]

قد مر ما يتعلق به الفساد على الاختلاف. وهذا لبيان أحكام الجائز مع الخيار. يحتاج إلى: معرفة العيب

ما يسقط به حقه أصلاً

وما ينقل الثمن (إلى البدل)[٢]

وإلى حكم الردّ.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ العيب : فى اللغة: النقص
والعيب والعيبة والعابُ بمعنى واحد.
يقال: عاب المتاع: أى صار ذا عيب، وعبته أنا، فهو معيب ومعيوب
وعيبه: نسبه إلى العيب، وإذا جعله ذا عيب.
جمع العيب على عيوب. (الصحاح ١٩٠/١ والمصباح المنير ٤٣٩/٢)
وفى الشرع : هو كل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار. (الهداية ٤/٦ واللباب فى شرح الكتاب ١٦/٢ وبدائع الصنائع ٢٧٣/٥)
والعيب قد يكون ظاهراً بفوات جزء من المبيع أو تغييره كالعمى وأثر الجراح، وقد يكون باطناً بحصول نقصان من حيث المعنى كالسرقة فى العبد والسعال القديم.

٢ـ فى نسخة (ا) و (ب): « الثمن »

مسائل الإسقاط أصلاً

إذا اشترى طعاماً فأكله أو ثوباً فلبسه حتى تخرق ثم اطلع على عيبٍ لم يبق له خصومة عند أبى حنيفة؛ لأنه أتلفه [١] بفعله فانقطع الملك بحقوقه. وخيار العيب من حقوق ذلك الملك. فصار كما لو باعه أو أحرقه بالنار.

وقال صاحباه [٢] : يرجع بنقصان العيب [٣] ؛ لأنه مباح له ذلك [٤] . فسقط حكم فعله. فصار كما لو هلك بنفسه. و (كما)[٥] لو اشترى عبداً فاعتقه. فإن الملك يفوته بالعتق كما بالموت. ولكن لما كان مباحاً له ذلك سقط اعتباره بخلاف العتق بمال؛ لأن الملك انتقل إلى البدل، فاشبه البيع لا الهلاك.

والجواب: أن القياس فى العتق أن تبطل الخصومة؛ لأنه إتلاف بفعله. ولكن بقى استحساناً ؛ لأنه إنهاء بدلالة أن الله تعالى لم يجعل للرق نهاية إلا بالعتق الذى يكون بصنعٍ منّا. فإن الهلاك غاية الحياة، وغاية الذات بنفسه، فغاية كل موجودٍ بانعدامه من جهة سماوية.

والرق صفة شرعية، فيكون غايته بعدم شرعى [٦] وما ذلك إلا العتاق، وإنه لا يثبت بآفة سماوية. وإنما يثبت بنا ، فصار الإعتاق إيجاداً لنهاية الرق معنىً. فصار بمنزلة الهلاك. ألا ترى أنه يعقبه ولا متفرع عن ذلك الملك: فالفرع لا يبقى له إلا بعد تقرر الأصل؛ لأنه تبعه وحقه. وهذا المعنى فى المأكول والملبوس معدوم؛ لأنه

١ـ أى أن المشترى أتلف المبيع

٢ـ يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله

٣ـ يرجع للمسألة أيضاً إلى المبسوط ١٠١/٣، وبدائع الصنائع ٢٩٠/٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٦/٦ ومجمع الأنهر ٤٦/٢)

٤ـ أى الأكل واللبس. وكل واحد منهما صنع بالمبيع ما يشترى لأجله ويعتاد فعل المشترى به. (راجع المبسوط ١٠١/١٣)

٥ـ غير موجود فى نسخة(أ)

٦ـ أى غايته بصنع الإنسان وهو العتق.

مال بذاته كذلك، فيكون نهايته بهلاكه الذى يكون لمثله، لا بسبب يضاف إلينا.

فمتى كان سبب يضاف إلينا جعل إهلاكاً فى حقه وإن كان مباحاً كما لو باع.

فأبو حنيفة اعتبر الحقيقة وهما: حكمة الخلقة. وإن حكمة خلق المأكول فى الفناء بجهة الأكل. وكذلك كل مال حكمته. فى الفناء فيما خلق له. ولا كذلك التجارة. فإنها منفعة زائدة تكون باختيارنا، لا توجد فى أصل الخلقة. حتى كانت السلع كلها للبذلة. ولا زكاة فيها إلا أن تجعلها للنماء والزيادة بصنعه. وكل ذلك حسن.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

مسألة

[الخلاف فى حق الخصومة للمشترى بعد الإطلاع على عيب فى المبيع وقد باع نصفه]

إذا اشترى ثوباً فباع نصفه. ثم اطلع على عيب لم يبق له خصومة.

وقال زفر: له الخصومة فى النصف الباقى [١] ؛ لأنه باق على ملكه إلا أنه لا يملك رده للعيب الذى حدث بالشركة [٢] فصار كما لو تعيب فيرجع بنقصان العيب.

إلا أنا نقول: بيع النصف إبطال لحق العيب فيه بدليل: أنه لا يرجع فيه بنقصان من الثمن. فصار كما لو لم يبع، ولكن أبرأه عن حقه فى العيب فى نصف المبيع. والإبراء عن النصف إبراء عن الكل؛ لأنه لايتجزأ ثبوته شرعاً؛ لأنه يثبت دفعاً للضرر عن المشترى. فلا يثبت من حيث يوجب ضرراً بالبائع. وذلك فى الثبوت كاملاً، حتى لا يتضرر البايع بضرر الشركة بالتجزى عليه. وكان بمنزلة حق الشفيع [٣] فإنه يثبت كاملاً غير متجزئ؛ لأنه يثبت دفعاً عن الشفيع تضرر الدخيل. فلا يثبت إلا بحيث لا يلحق بالدخيل ضرراً لم يكن قبل الشراء. وذلك فى رد جميع الثمن عليه حتى لا يتضرر بتفرق الملك المجتمع.

ولما ثبت غير متجزئ كان إبطال البعض إبطالاً للكل كإبطال الشفيع حق

١ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٠١/١٣ وفتح القدير لابن الهمام ١٧/٦ وبدائع الصنائع ٢٩٠/٥

٢ـ ذلك فى المبيع الذى لا يمكن تقسيمه وتسليم نصيب المشترى الثانى له بدون ضرر لاحق له بسبب التقسيم
وأما المبيع إن كان يقبل التقسيم مثل الطعام فباع بعضه دون البعض ثم اطلع على عيب فله أن يرد الباقى ويرجع بنقصان العيب. وذلك على أصل زفر رحمه الله كما نحن بصدد قوله. وعلى أصلهم - أعنى أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد رحمهم الله لم يرد الباقى ولا يرجع بالنقصان. (بدائع الصنائع ٢٩٠/٥)

٣ـ سبق ذكره وتعريفه فى ص : ١٩٦

الأخذ فى نصف المبيع وطلاق نصف المرأة [١].

فإن قيل: إن الشفيع حقه فى الأخذ لا غير. وإنه لا يثبت إلا كملاً صيانة للمشترى عن ضرر أخذه. فلذلك سقط الكل بإسقاط البعض. وحق المشترى ههنا فى شيئين: فى الرد والرجوع بالنقصان من الثمن. والرد لا يثبت إلا كملاً صيانة للبائع/عن ضرر يرده لم يكن قبل البيع. فإذا أبطل بعض الرد بطل كله. [٣٥٩/أ]

فأما حق الرجوع بالثمن فيثبت متجزئاً. ألا ترى أنه بعد القضاء ببعض الثمن للمشترى لو أبرأ عن البعض صح، ولم يكن فيه ضرر للبائع. بل له فيه نفع. والخلاف فى بقاء حقه فى الثمن لا فى الرد.

قلنا: إن الحق للمشترى فى الرد لا غير. وإنما يعود إلى الثمن عند العجز [٢]، لا بإسقاط من قبله. وبيع النصف إسقاط. ولا حق له فى تلك الحالة إلا الرد. وإنه غير متجزئ فلا يسقط البعض دون البعض وإذا أسقط الكل بإسقاطه لم يجب الثمن. فاشبه حق الشفيع الذى لا يعود إلى الثمن فى كل الأحوال.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ قال فى تحفة الفقهاء (١٩٤/٢): « إذا قال: أنت طالق نصف تطليقة أو ربع تطليقة؛ تقع واحدة، لأن الطلاق لا يتجزأ فيتكامل. »

٢ـ أى العجز عن رد المبيع على الوجه الذى كان عليه قبل العقد

مسـائل الإسقـاط إلى بـدل

إذا اشترى شيئاً فقبضه وعيبه أو تعيب بنفسه ثم اطلع على عيبٍ رجع بالنقصان [١]

وقال ابن أبى ليلى [٢] يرده ويرد قيمة العيب[٣]

واحتج بما روى عن عمر [٤] وزيد بن ثابت[٥] فيمن اشترى جارية فوطئها ثم اطلع على عيب: « إن كانت بكراً ردها ورد معها عشر قيمتها، وإن كانت ثيباً ردها ورد معها نصف عشر قيمتها » [٦]

١ـ أى يرجع إلى البائع ببدل نقصان العيب القديم. وليس له أن يرد المبيع بالعيب الحادث .

٢ـ هو محمد بن عبدالرحمن بن أبى ليلى الفقيه المقرئ، مفتى الكوفة وقاضيها. استمر فى القضاء ثلاثاً و ثلاثين سنة.
حدث عن الشعبى وعطاء والحكم ونافع وعمرو بن مرة وطائفة من هذه الطبقة. وعن أخيه عيسى. كان أبوه من كبار التابعين فلم يدرك الأخذ عنه.
وحدث عنه شعبة ووكيع وأبو نعيم وغيرهم. قال أحمد بن يونس: كان ابن أبى ليلى أفقه أهل الدنيا.
كانت له حلقة بمسجد النبى ﷺ .
كانت ولادته سنة أربع وسبعين من الهجرة وفاته فى شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة وهو باق على القضاء.
(وفيات الأعيان ١٧٩/٤ -١٨١ وتذكرة الحفظ ١٧١/١ وشذرات الذهب ٢٢٤/١

٣ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٩٥/١٣ وبدائع الصنائع ٢٨٩/٥ والبحر الرائق ٤٩/٦.

٤ـ أي عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه..

٥ـ هو زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصارى النجاري الخزرجى كان فى حين قدوم النبى ﷺ المدينة ابن احدى عشرة سنة. استصغره رسول الله ﷺ يوم بدر. ثم شهد أحداً وما بعدها من المشاهد. وقيل: إن أول مشاهده الخندق. وكانت معه راية بني النجار يوم تبوك، وكتب الوحى للنبى ﷺ ، وهو الذى جمع القرآن على عهد أبى بكر رضي الله عنه بأمر منه. وكتب المصحف بأمر عثمان بن عفان رضى الله عنه فى عهده.
استخلفه عمر بن الخطاب رضى الله عنه على المدينة ثلاث مرات فى حجتين وفى خروجه إلى الشام. وكان يستخلفه عثمان رضى الله عنه أيضاً على المدينة.
كان زيد بن ثابت أحد فقهاء الصحابة الجلة الفراض.
اختلف فى وقت وفاته فقيل: مات سنة ٤٥ هـ وقيل: ٥٥ هـ وقيل: ٤٢ هـ . وقيل: سنة ٥١هـ أو ٥٢هـ وقيل: ٥٥هـ سنة ٤٥هـ قول الأكثر .
(الا ستيعاب ٥٥١/١ - ٥٥٤ والإصابة ٥٦١/١ - ٥٦٢)

٦ـ الحديث : أخرجه البيهقى فى سننه - فى البيوع/ باب ما جاء فيمن اشترى جارية فأصابها ثم وجد بها عيباً (٣٢٢/٥) بطريق ابن أبي شيبة قال: حدثنا شريك عن جابر عن عامر عن =

والوطء بمنزلة التعييب بالإجماع بيننا [١]. كأنهما[٢] رأيا ذلك القدر قيمة ما استوفى بالوطء.

وفى خبر المصراة [٣] عن النبى عليه السلام فيمن اشترى شاة فوجدها مُحَفَّلَةً [٤] بعدما حلبها ((أنه يردها ويرد معها صاعاً من تمر)) [٥] . وذلك بقيمة اللبن. واللبن بمنزلة جزء منها. فكذلك إذا أخذ جزءاً منها.

عمر قال: « إن كانت ثيباً رد معها نصف العشر وإن كانت بكراً العشر. » وقال على - وهو ابن عمر الحافظ - : هذا مرسل.عامر لم يدرك عمر. (راجع أيضاً إلى إعلاء السنن ١٠١/١٤ - ١٠٢ والمبسوط ٩٥/١٣) .

١- أى اتفق أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى رحمهم الله جميعاً، وعمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما على أن الوطء بمنزلة التعييب .
ذكر فى المبسوط (٩٥/١٣) أن على بن أبى طالب وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما قالا: « لا يردها بعد الوطء » وذلك يقتضى اعتبار الوطء عيباً عندهما. ولذا عقب قولهما وقول عمر و زيد بن ثابت رضى الله عنهم بقوله: « فقد اتفقوا على أن الوطء لا يسلم للمشترى مجاناً ... ثم إنهم كانوا مجمعين على أن الوطء بمنزلة الجناية. إلا أنه كان من مذهب عمر و زيد رضوان الله عليهما: أن المشترى إذا جنى عليها ثم علم بعيب يردها ويرد معها الأرش. ففى الوطء أجابا نحو ذلك.
وعلى وابن مسعود رضى الله عنهما كان يقولان: لا يردها بعد الجناية فكذلك بعد الوطء ... إن الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها.
والدليل على إثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين كما بينا. »

٢- أى عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما.

٣- سبق ذكرها وتعريفها فى ص٢٢١كما تأتى الإشارة إليها فى تعريف المحفلة.

٤- المُحَفَّلَة: الناقة أو البقرة أو الشاة لا يحلبها صاحبها أياماً حتى يجتمع لبنها فى ضرعها.
وهى من حفل اللبن فى الضرع يحفل حفلاً وحفولاً وتحفل واحتفل: اجتمع.
والتحفيل: مثل التصرية.
قال فى اللسان (١٥٧/١١): « المحفلة والمصراة واحدة. وسميت محفلةً: لأن اللبن حُفِّلَ فى ضرعها أى جُمِعَ.
والتحفيل مثل التصرية: وهو أن لاتحلب الشاة أياماً ليجتمع اللبن فى ضرعها للبيع. والشاة محفله ومصراة. »
(الصحاح ١٦٧١/٤ ولسان العرب ١٥٧/١١)

٥- الحديث: متفق عليه عن أبى هريرة رضى الله عنه.
وهو عند البخارى - فى البيوع / باب إن شاء رد المصراة وفى حلبتها صاع من تمر (٣٧٠/٩)
وعند مسلم - فى البيوع / باب حكم بيع المصراة (١١٥٨/٣)
وللحديث طرق وألفاظ (راجع تلخيص الجبير ٢٢/٣ - ٢٣) وجاء فى أحد روايات مسلم رحمه الله : « أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع شاة مصراةً فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام. إن شاء أمسكها وإن شاء ردها. ورد معها صاعاً من تمر. »

والمعنى فيه: أن الرد بالعيب ثبت حقاً للمشترى لازماً بالشراء. فلا يبطل إلا بإبطاله. ولم يوجد الرضاء بالإبطال، لأنه تناول وهو يعلم بالعيب. وإذا رد انتقص الملك من الأصل، ولزمه الرد كما قبض، وذلك القبض مضمون. فإن القبض بالشراء مضمون بمنزلة المغصوب على ما عرف بخلاف قبض الهبة. وإذا عجز عن رد شيءٍ منه ضمن قيمته كما فى الغصب.

إلا أنا نقول: إن حق المشترى فى الجزء الفائت بالعيب لا فى الرد؛ لأن العقد لا يوجب النقض حقاً له وعلى ما نذكر بعد هذا فى حكم الرد [١] إلا أن البائع متى عجز عن تسليم ذلك الجزء ثبت للمشترى حق الرد ليدفع عن نفسه ضرر الشراء بالعود إلى رأس ماله الذى كان قبله.

ولما ثبت لدفع الضرر ثبت بشرط أن لا يلحق بالبائع ضرراً لم يكن قبل الشراء؛ لأن حقه مثل حقه [٢] والضرر مدفوع فى الاسلام[٣] ما أمكن.

ولما ثبت الرد بشرط أن يعود كل واحد منهما إلى رأس المال، كما كان لم يملك الرد مع تعيب المبيع لفوات شرطه كما إذا أراد أن يرد البعض دون البعض لم يملك لضرر شركة.

ولما لم يملك الرد وتعذر دفع ضرر المشترى بالرد دفع بحصته من الثمن الذى بدله بالعقد.

وبين الصحابة اختلاف فى هذه المسألة. فقد روى عن على وابن عمر: أنهما قالا فى مسألة الوطء: « لا يردها » ولأن ضمان البيع ضمان ثمن على البائع

١ـ يأتى فى ص :٤٠١.

٢ـ أى أن حق البائع مثل حق المشترى لا يصح أن يلحقه ضرر كما لا يصح أن يلحق الضرر للمشترى.

٣ـ لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ». راجع لتخريجه إلى ص : ٣٤٧

والمشترى أيضاً. فلا يستقيم ضمان القيمة.

وأما خبر المصراة، فالجواب عنه نذكره فى مسألة التصرية [١] : أهى عيب أم لا ؟

ولأن اللبن المحلوب بعد القبض لا يدخل تحت العقد كالولد؛ فلا يجب رده فلا تجب قيمته بالإجماع.

☆☆☆☆☆☆☆

١- راجع ص : ٣٩٨ و ص : ٤١٩

مسألة

[الخلاف في حكم رد الجارية الثيبة الموطوءة من قبل المشتري]

إذا اشترى جارية ثيباً فوطئها، ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان كما لو كانت بكراً[١].

وقال الشافعي: يردها[٢] إن لم ينقصها الوطء شيئاً، كما لو استخدمها؛ لأن الوطء انتفاع محض كالاستخدام بدلالة: أنه لم ينقص من عينها شيئاً. وإنما استوفى منافع ذلك العضو على الخصوص، كما لو جامعها دون الفرج.

ولأن المستوفى بالوطء هو المملوك بالنكاح، وذلك ليس بمال ولا يتناوله البيع بحالٍ قصداً؛ لأنه لا يتناول إلا ماهو مال.

وإنما يملك حكماً لملك الرقبة تبعاً كالمنافع. وإذا لم يتناوله البيع صار وجوده و (عدمه)[٣] في حق المبيع الذى يرد بالعيب سواء، إلا أن ينتقص من أجزائها شيئاً كما لو كانت بكراً وجامعها، فأفضاها أو أنكحها؛ فإنه نقص معنىً.

فأما إذا لم ينقص فلا. كما لو وطئها زوج كان قبل البيع.

ولنا: أن الصحابة والسلف اختلفوا في هذه المسألة. فقال علي وعبدالله بن عمر: لا يردها

١ـ يرجع أيضاً إلى المبسوط ٩٥/١٣، ومنحة الخالق على البحر الرائق ٤٩/٦

٢ـ قال الشافعي - رحمه الله -: « وإذا اشترى جارية ثيباً فأصابها، ثم ظهر منها على عيب كان عند البائع كان له ردها؛ لأن الوطء لا ينقصها شيئاً، وإنما ردها بمثل الحال التي أخذها به. وإذا قضى رسول الله ﷺ الخراج بالضمان ورأينا الخدمة كذلك كان الوطء أقل ضرراً عليه من خدمة أو خراج لو أردته بالضمان. » (الأم ٦٨/٣) ويرجع أيضاً إلى الاصطلام ٩٤/٢ب ومغني المحتاج ٦٢/٢ وروضة الطالبين ٤٩٠/٣، وقال فيه: إنه ليس على الواطئ مهر في هذه الحالة

٣ـ في نسخة ا: «عده»

وقال عمر وزيد بن ثابت: يردها ويرد معها عشر قيمتها[١].

وقال ابن أبى ليلى: يردها ويرد معها مهر مثلها.

فأجمع الكل: أنه فى حكم أخذ جزء منها حيث أوجبوا رد البدل عند العجز[٢] بخلاف المنفعة، فإنه لا يجب رد مافات منها لا عيناً ولا بدلاً بالاجماع [٣]

.

والخلاف فى أنه [٤] بمنزلة أخذ جزء منها أو منفعة ثم الرد وعدم الرد بناء عليه.

فإن الشافعى وافقنا أن التعييب يمنع الرد [٥].

وكان فى السلف خلاف: أنه يمنع أم لا ؟ على مامر[٦] .

فإن قيل: بين الصحابة اختلاف فى الرد، فأخذنا نحن بقول عمر وزيد (بن ثابت) [٧] وإن خالفناهما فى رد شئ من القيمة لا يمنعنا الأخذ بقولهما فى الرد.

١ـ راجع إلى سنن البيهقى - كتاب البيوع / باب ما جاء فيمن اشترى جارية فأصابها ثم وجد بها عيباً (٣٢٢/٥) وإعلاء السنن ١٠١/١٤ - ١٠٢

٢ـ قال فى المبسوط (٩٦/١٣): « والدليل على أن المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين: فإن المستوفى بالوطء ما يملك بالنكاح. والمملوك بالنكاح فى حكم العين. ولهذا لا يملك العين إلا مؤبداً.
والدليل عليه: أن استيفاءه فى غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة. واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك.
وإن المستوفى بالوطء مصون عن الابتذال حتى لا يجوز استيفاؤه بالبدل بدون الملك. والمصون من الآدمى نفسه وأجزاؤه لا منافعه. والمنفعة تتبدل من الآدمى كما تتبدل من غيره.
فإذا ثبت أنه فى حكم جزء من العين فاستيفاؤه كاستفاء جزءه بالجناية. وذلك يمنعه من الرد بالعيب. »

٣ـ يرجع إلى المبسوط ٩٥/١٣ والمهذب ٢٩٢/١ روضة الطالبين ٤٩٠/٣

٤ـ أى الوطء

٥ـ مغنى المحتاج ٥٤/٢، وروضة الطالبين ٤٨٠/٣

٦ـ راجع ص : ٤٠١

٧ـ غير موجود فى نسخة(أ.)

قلنا : نعم، يجوز أن يفتى الصحابة بحكمين، فنخالفه ونوافقه فى الآخر إذا كان حكمين ينفصلان ، فأما إذا كان أحدهما لا ينفصل عن الآخر، فالخلاف فى أحدهما خلاف فيهما، وهذا من هذا القبيل، فإن الإجماع ثابت أن المنفعة لا تقوم، وقد ورد النص عن النبي [ﷺ] فقال : / «الخراج بالضمان»(١)، ردا على [٣٥٩/ب] البائع فى دعواه الغلة(٢)، على المشترى بعد رد المبيع،

فلما قوما(٣)، ههنا ما استوفى بالوطء دل ضرورة أنهما جعلاه فى حكم العين لا محالة، والخلاف بيننا وبينه(٤) إلى هذا الحد، وعليه تبيين المسألة،

فإن الخلاف فى الأحكام بحسب الاختلاف فى العلل،

فثبت أن الخلاف فى السلف أن التعييب من المشترى هل يمنع الرد (بالعيب)(٥) أم لا؟

ولا خلاف فيهم أن الوطء تعييب،

والدليل على أن الوطء متى حصل فى غير ملك (جعل)(٦) فى حكم أخذ

---

١ - أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها،
وهو عند أبى داود - فى البيوع/ باب فيمن اشترى عبدا فاستغله ثم رأى عيبا (مختصر المنذرى ١٥٨/٥)
وعند الترمذي - فى البيوع/ باب ما جاء فيمن يشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيبا (٥٨١/٣) وقال : «حديث حسن صحيح»
والنسائي - فى البيوع/ باب الخراج بالضمان (٢٥٤/٧-٢٥٥)، وابن ماجة - فى التجارات/ باب الخراج بالضمان (٧٥٤/٢)

٢ - الغلة : الدخل الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والاجارة والنتاج ونحو ذلك،
يقال : أَغَلَّت الضيعة : أعطت الغلة، فهي مُغِلّة إذا أتت بشيء وأصلها باق،
(لسان العرب ٥٠٤/١١، والمغرب ١١٠/٣، والمصباح المنير ٤٥٢/٢)
الغلة هنا الدخل الحاصل من المبيع،

٣ - أى قوم عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما

٤ - يعنى الإمام الشافعي رحمه الله،

٥ - غير موجود فى نسخة (ب)

٦ - غير موجود فى نسخة (أ)

جزء منها على ما بينا فى كتاب النكاح [١] إن المملوك بالنكاح فى حكم جزء منها لا منفعة. وإن المستوفى بالوطء هو المملوك بالنكاح. ويكون فى حكم العين.

وكذلك الصحابة قالوا فيمن اشترى جارية فاستولدها [٢] ، ثم استحقت: غرم المشترى العقر والولد، دون المنفعة. فجعلوا بدل الوطء فى ملك الغير فى حكم بدل الولد الذى هو جزء من الأصل. فأوجبوا بدل ذلك عند العجز عن رده كمالو عجز عن رد الأصل لزمه رد البدل.

ألا ترى أن الزوج يصير قابضاً كل ما انعقد عليه العقد بإيلاجةٍ واحدةٍ. ولو سلك به مسلك المنافع لما تصور القبض جملة على وجه لا يسقط بالموت وبالغصب.

وكذلك الرجل يلزمه المهر إذا وطء بشبهة بنفس الإيلاجة. ولا يزداد(بروام) [٣] الإيلاجات، ولو كان بمنزلة أخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال.

والدلائل على الاستقصاء مرت فى النكاح [٤] وذلك مذهبنا.

فقد قال علماؤنا: إن الأمة المبيعة إذا وطئت قبل القبض حتى وجبت العقر، كان الثمن بإزاء ذلك العقر كمالو ولدت. ولو استهلك البائع العقر يسقط حصته

٧ـ غير موجود فى نسخة(أ)

١ـ راجع إلى مسألة ملك النكاح: هل هو ملك العين أم ملك المنفعة ؟ (لوحة ١٨٩ ا وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث).

٢ـ الاستيلاد؛ فى اللغة: هو طلب الولد. من ولدت المرأة ولاداً وولادة. والولد: الوليد أى الصبى حين يولد.
(الصحاح ٥٥٤/٢، ولسان العرب ٤٦٧/٣، والتعريفات ص ٢٢)
وفى الاصطلاح: هو تصيير الجارية أم ولد. (بدائع الصنائع ١٢٣/٤)
أو بلفظ آخر: هو طلب المولى الولد من أمة بالوطء (اللباب فى شرح الكتاب عن الدرر ١٢٢/٣) سبق تعريف أم الولد فى ص :١٨٩

٣ـ فى نسخ ب : « حرام »

٤ـ راجع إلى مسألة أقوال الفقهاء فى ملك النكاح: هل هو ملك العين أم ملك المنفعة ؟ (لوحة ١٨٩ وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث).

من الثمن عن المشترى. ولو استهلكه المشترى تأكد عليه (بحصة) [١] الثمن، كالولد سواء. وكالأرش والثمرة من الشجرة بخلاف المنفعة. وما يتولد منها [٢] من الكسب والأجرة، فإنه لا يقابله شئ من الثمن بحال. ولهذا لا يخلو الوطء فى ملك الغير عن غرامة أو عقوبة كالجناية.

وإذا صار [٣] فى حكم أخذ العين. صار الوطء فى ملك الغير بمنزلة الجناية أو فوات وصف بلا فعل أحدٍ، وكان عيباً؛ لأن الرد فسخ من الأصل بقضاء، وكذلك بغير قضاء فى حقهما، فيعود إلى قديم ملك البائع؛ كأنهما لم تخرج عن ملكه، فيصير المشترى واطئاً ملك غيره. فيصير فى حكم أخذ جزء منها لو صح الرد. وذلك مانع من الرد.

ولا يلزم [٤] وطء زوجٍ كان عند البائع: لأنا جعلنا وطأه فى حكم أخذ جزء منها. ولكن ذلك الجزء هو الذى ملكه الزوج بالنكاح. وذلك لم يكن دخل فى ملك المشترى، ولا اقتضى العقد سلامته للمشترى ففوته لا يعد عيباً. فالعيب فى فوت ما أوجب العقد سلامته للمشترى. والفوت فى الحقيقة ههنا كان بالنكاح فكان بمنزلة شراء شئ معيب، فيرده به إن لم يكن رضى به وإلا لزمه كسائر العيوب.

ولأنا جعلنا كذلك فى غير ملك، لا فى ملك.

وكذلك النكاح عيب، والعيب فى تغير صفة من صفات العين اقتضى العقد سلامته عن ذلك الخلل دون المنفعة؛ لأن العقد لا يتناول المنفعة. ولا يلزم البائع

١- فى نسخة ب: « بحصته »
٢- أى من الجارية
٣- أى الوطء
٤- جواب عن سؤال مفروض وهو: ألا يلزمكم إذا اشترى شخص أمة متزوجة فوطءها الزوج بعد القبض، فإنه لا يعتبر عيباً حادثاً عند المشترى ؟
ألا ينبغى أن يعتبر عيباً على أصلكم بأن الوطء هو فى حكم أخذ جزء منها

إذا وطيء الأمة المبيعة قبل التسليم؛ فإنه لا يصير كالجناية ولا يسقط شئ من الثمن. ولا (يخير) [١] المشترى على أصل أبى حنيفة.

ولأنا عللنا الوطء فى حكم استيفاء عين، وإن كان استوفى منفعة على الحقيقة، وقد جعلناه كذلك ههنا، ولكن جعلناه كعين من المبيع حدث بعد البيع نحو نخلة تثمر أو شاة تحلب. ثم أن البائع أتلف ماتولد، لا يخير المشترى إذا لم يكن بالأصل نقصان. فكذلك هذا: لأنه بالوطء أتلف مالم يكن يملك بالعقد نفسه؛ لأن البيع لا يرد على ماليس بمال. وإنما يملك هذا على سبيل الضِّمن.

وأما الثمن فلا يسقط شئ منه بخلاف الثمر من المستوفى بالوطء وإن جعل فى حكم العين فليس بمال. والثمن لا يقابل إلا عيناً مالاً على الحقيقة.

ثم ليس من ضرورة أن لا يقابله الثمن أن لا يعد فوته عيباً. فإن الأطراف من العبيد عين. ولوفاتت قبل القبض لم يقابلها شئ من الثمن. وكذلك لو فاتت بعد القبض حتى كان للمشترى أن يبيع مرابحة على جميع الثمن. ولكن لابد يعد فوتها عيباً وإن لم يقابلها الثمن، فكذا ههنا.

ولأن الأمة كأنها لم تخرج عن ملك البائع فيما استوفى بالوطء؛ لأنه ملك تصرف، ولا يجب للمشترى إلا بعد القبض حتى يجب الاستبراء [٢] بعد القبض.

وكذلك المشترى إذا وطيء الأمة قبل نقد الثمن ثم استردها البائع عادت مضمونة بالثمن. ولم يسقط عن البايع شئ بحصة الوطء لما ذكرنا؛ إنه عين لا يقابله الثمن، ولأنه حصل فى ملكه.

١ـ فى نسخة ب: « خُيّر »

٢ـ الاستبراء: فى اللغة: طلب آخر الشئ للمعرفة وقطع الشبهة. (المغرب ٦٥/١ والمصباح المنير ٤٧/١)

وفى الاصطلاح: هو طلب براءة رحم الجارية من الحمل. (المغرب ٦٥/١)

وكذلك المشترى إذا وطئها ثم ردها بعيب، والبائع لا يعلم بوطئه. ثم تعيبت عند البائع بعيب حادث. فإن البائع لا يرجع بنقصان الوطء.

وكذلك الجواب عما ذكر فى المأذون [١] فيمن اشترى جارية بألف وقبضها على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما. فلم ينقد حتى مضت (الأيام) [٢] الثلاثة ثم وطئها. فإن البائع يأخذها ولا يجبر؛ لأنه فى هذه الحالة ينزل منزلة البائع قبل التسليم.

فإن قيل: وإن جعل فى حكم العين فهو ليس بمال، فلا يدخل تحت البيع، وأخذه لا يوجب خياراً.

قلنا: لما وجب اعتباره بجزء عين اعتبر (العذرة) [٣] التى تستوفى بالوطء بحق النكاح / من الحرة. [٣٦٠/أ]

فإن قيل: العذرة جزء من الأمة يعد مالاً. والمستوفى بالوطء لا يعد مالاً.

قلنا: العذرة يعد مالاً؛ لأنها جزء من الأمة حقيقة لا لأنها تستباح بالنكاح. والمستوفى بالوطء من الثيب يعتبر فى حكم جزء عين؛ لأنه مما استحل للنكاح، لا لأنه عين مال. فلا عين هنالك، فيجب الاعتبار بعذرة الحرائر التى تستحق بالنكاح، ولا تستحق بالبيع وأسباب ملك اليمين.

وإذا كان كذلك صار هذا المستوفى بالوطء فى مسألتنا فى حكم العين فى حق منع الرد بالعيب لما ذكرنا من الدليل [٤] . ولكن عين ليس بمال، فلا يقابله الثمن.

١ـ المأذون: هو العبد الذى رفع سيده الحجر عنه وأذن له فى التجارة بماله. (العناية ٢١١/٨)
٢ـ غير موجود فى نسخة «ا»
٣ـ فى نسخة ب: « القدرة »
٤ـ راجع ص : ٤٠١ و ما بعدها .

فإن قيل: إنه بمنزلة أخذ جزء من العين لم يؤثر أثراً في العين كجزء شعر نبت ثانياً وقلع سن ينبت.

قلنا: لو كان كذلك لكان لا يضمن الواطئ بشبهة شيئاً كما لو قلع سناً فنبت أخرى. وهذا، لأنا نجعله اخذ جزء من العين حكماً. لا نطلب أثره حساً.

وكذلك الحرة المنكوحة إذا وطئت ثم حبست نفسها بالمهر لم يصر في حكم من لم يسلم نفسه؛ لأن المستوفي بالمهر بالوطء لا يتصور فيها استرداد والمهر بإزائه.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

مسألة

[الخلاف فى حكم الرجوع بالقيمة إذا رد الجارية المشترية بالعبد]

إذا أعتق عبده على جارية أو باع منه نفسه بجارية وقبض الجارية. ثم وجد بها عيباً فردها، رجع بقيمة العبد فى قول أبى حنيفة الآخر. وهو قول أبى يوسف.

وقال[١] أولاً: (يرجع)[٢] بقيمة الجارية. وهو قول محمد وزفر[٣]

ووجه هذا: إن هذا عقد (تم)[٤] مبادلة مال[٥] بما ليس بمال[٦]

فإذا فات قبض المال وجب الرجوع بقيمة المال نفسه لا بقيمة بدله قياساً على النكاح على أمة بعينها إذا استحقت، أو الطلاق أو الصلح عن دم العمد على مالٍ بعينه. وعكسه بيع العبد بجارية إذا رد الجارية (بعيب)[٧] وقد هلك العبد. تأثيره: إن العقد متى تم مبادلة مال بما ليس بمال لم يحتمل الفسخ بفوت البدل قبل القبض. فإذا رد البدل وفات قبضه. والسبب الموجب لتسليم عينه قائم، لزمه تسليم مثله إذا كان مثل؛ لأن الحقوق الواجبة إما أن تؤدى بأعيانها أو بأمثالها عند العجز. ماله طريق ثالث،

فأما إذا كان مبادلة مال بمالٍ، انفسخت المبادلة بفوت قبض العين. فوجب على العاقد تسليم ما قبض من صاحبه لا تسليم ما باع. فإذا عجز عن تسليم ما قبض لزمه تسليم مثله، فيصير على الحقيقة دليلاً لنا، إذ فى الحالين يجب تسليم مثل

١ـ أى أبو حنيفة رحمه الله

٢ـ فى نسخة ب: « لا يرجع » فهو تحصيف

٣ـ يرجع للمسألة أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام ٣١٤/٤، والعناية ٣١٤/٤، والمبسوط ١١٧/١٣ - ١١٨.

٤ـ فى نسخة ب: « ثم »

٥ـ يعنى بالمال هنا الجارية

٦ـ وبهذا يعنى الاعتاق.

٧ـ فى نسخة ب: « بقيت »

الأصل الواجب عليه.

والدليل على أن هذا العقد تمَّ مبادلة مال بماليس بمال: الحقيقة والحكم.

أما الحقيقة؛ فلأنه أعتق العبد على الجارية فجعل الجارية بدل العتاق وبدل اسقاط الرق. وما إسقاط الرق بمالٍ ولا العتاق. وإنه بمنزلة الطلاق والعفو عن القصاص.

وكذلك البيع بجارية؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق؛ لأنه لا يملك وإن ملك؛ لأنه مملوك مالاً، فيستحيل أن يصير مالكاً مالاً. و (بينهما)[١] تضاد.

ألا ترى أن الرجل إذا تزوج امرأة على عتق أبيها عتق الأب وكان لها مهر المثل؛ لأن العتاق ليس بمالٍ، فلا يصح مهراً[٢] . فهذا دليل على أن العتاق ليس بمال. والعبد لا يثبت له بهذه المعاقدة إلا العتاق فأما المالية فتتلف على المولى كما فى صريح العتاق بغير مالٍ.

ألا ترى أن الولاء للمولى. وألا ترى أنه[٣] لا يملك غيره فكيف يملك نفسه. والمكاتب لا يملك حقيقة (الملك)[٤] . وإن كانت أكسابه فى يده؛ لأنه لم يعتق رقبة ويملك يداً؛ لأنه يحرر يداً.

وأما الحكم؛ فلأن المولى إذا قال لعبده: « بعت منك نفسك بألف ». أو

١ـ فى نسخة ا: «عينهما»

٢ـ عند الحنفية من شرائط صحة تسمية المهر، أن يكون المسمى مالاً متقوماً لقوله تعالى: ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين... الآية ﴾ النساء - ٢٤. شرط فى الآية أن يكون المهر مالاً.

ولمقتضى قوله عزوجل ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح... الآية ﴾ البقرة - ٢٣٧؛ لأن الأمر بتنصيف المفروض فى الطلاق قبل الدخول يقتضى كون المفروض محتملاً للتنصيف وهو المال. (بدائع الصنائع ٢٧٧/٢. راجع أيضاً أحكام القرآن للجصاص ٨٦/٣)

٣ـ أى العبد

٤ـ غير موجود فى نسخة(أ)

قال: « أعتقتك على ألف »؛ لم يملك الرجوع؛ لأنه تعليق عتق بشرط القبول. ولو كان تبعاً لملك الرجوع.

ولو وكل رجل عبداً أن يشترى نفسه من مولاه بألف، فذهب العبد فاشترى نفسه من مولاه بألف كان إعتاقاً. ولم يكن للآمر؛ لأنه غير ما وكل به؛ لأنه إعتاق بمال. وإنما يصير شراء إذا أضاف إلى الآمر.

وكذلك الحيوان ثبت ديناً (فى الذمة)[١] فى هذا الشراء. والحيوان عندنا لا يثبت ديناً فى الذمة بدلاً عما هو مال[٢] . (إنما)[٣] يثبت عماليس بمال كالنكاح والطلاق.

والواحد فى هذا العقد يصلح وكيلاً من الجانبين جميعاً كما فى النكاح دون البيع.

فثبت أنه مبادلة مالٍ بما ليس بمالٍ أو مبادلة جاريةٍ بعتاقٍ فلا يحتمل الفسخ بفوت الجارية؛ لأن العتاق (من حيث أنه)[٤] لا يحتمل الفسخ أشد من النكاح؛ لأنه إسقاط محض للرق. والساقط يتلاشى فلا يبقى محلاً للفسخ. ولا يلزم[٥] إذا باع عبداً من ولده بجارية. والمسألة بحالها.

فالجواب - كما قاله أبو حنيفة آخراً[٦] - لأن الولد ههنا يملك أباه ملكاً صحيحاً ، ثم يعتق عليه. فتكون (الولاء له)[٧] ويثبت فيه حكم من أحكام البيع دون

١ـ غير موجود فى نسخة « ب »
٢ـ راجع أيضاً فتح القدير لابن الهمام ٢١١/٦، وبدائع الصنائع ٢٠٩/٥)
٣ـ فى نسخة(ا): « ان »
٤ـ غير موجود فى نسخة(ا)
٥ـ احتراز عن عقدِ بيع عبدٍ من ولده بمقابل جارية؛ فهذا العقد يقبل الفسخ.
٦ـ أى فى القول الآخر
٧ـ فى نسخة (ا) و (ب): « الولاية ». والإثبات من مقابل نسخة (ب)

العتق بمال. والبيع مما يحتمل الفسخ. فينفسخ البيع بفوت الجارية، ويلزمه رد العبد. وقد عجز بمعنى العتاق فيرد قيمة مالزمه التسليم كما فى غير الأب لو هلك، والمسألة بحالها.

ووجه قوله / الآخر - وهو الأدق -: انا نسلم أن العقد لا ينفسخ بتسليم الجارية [٣١٠/ب] ولا وجه للانفساخ لما قاله محمد[١] فيجب بعد ردها على العبد تسليم الجارية لبقاء السبب الموجب للجارية حقاً للمولى وقد عجز. فيجب عليه مثل الجارية لحق العبد؛ لأن العقد باقٍ، وهو الموجب. ولما وجب مثل الجارية بالعقد ومثلها بالعقد ما سمى بدلاً عنها، فيه متى صحت التسمية ونفذت بلا مانع، وهو العبد. فلزم العبد تسليم نفسه على تقدير أنه مثل الجارية، وقد عجز عن تسليم نفسه؛ لأنه عتق، فسلم قيمة نفسه بخلاف النكاح والخلع[٢] والصلح عن دم العمد على جارية بعينها؛ لأنها متى ردت بالعبد وعجز الآخر عن تسليمها لزمه تسليم مثلها. ومثلها بحكم العقد ما جعل بإزاءها من القصاص أو البضع أو الطلاق.

وقد عجز عن تسليم ذلك فيجب تسليم مثل المستحق. وهذه الحقوق لا قيمة لها على ما عرف فى أنفسها، وإنما قيمتها ما قومت بالعقد، وإنما قومت بما يسمى

١ـ وذلك لكون هذا العقد عقد تم مبادلة مالٍ بماليس بمالٍ.

٢ـ الخلع؛ فى اللغة: النزع والإزالة.
(لسان العرب ٧٦/٨ والمصباح المنير ١٧٨/١ والمغرب ٢٦٦/١)
وفى الشرع: هو أزالة ملك النكاح، ببدل بلفظ الخلع. (فتح القدير لابن الهمام ٥٨/٤ والتعريفات للجرجانى ص ١٠١)
قال فى لسان العرب (٧٦/٨): « سمى ذلك الفراق خُلعاً؛ لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً لهن، فقال: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن. ﴾ البقرة - ١٨٧. وهى ضجيعه وضجيعته، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه ليبينها منه فأجابها إلى ذلك، فقد بائت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه.
والاسم من كل ذلك الخُلْعُ، والمصدر الخَلْعُ.
فهذا معنى الخُلع عند الفقهاء. » (راجع أيضاً المغرب ٢٦٦/١ والمصباح المنير ١٧٨/١)

بازائها. صار المال المقابل بها قيمتها.

فإذا وجب الرجوع بقيمة القصاص أو البضع أو الطلاق وجب الرجوع بما جعل بإزائهاأو قيمتها.

فإن قيل: فكذلك ههنا، لا قيمة للعتاق، والعوض هو العتاق.

قلنا: العوض المستحق على المولى فى مسألتنا ماتلف عليه بالإعتاق، لأنه لا يستحق إلا فى مقابلة ماكان له. والعتاق لم يكن له. إنما ذلك حكم تصرفه، وإنما كان مالية مملوكة أتلفها بالإعتاق. والمالية متقومة.

ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على رجل، أنه أعتق عبده وقضى القاضى، ثم رجعا ضَمِنا للمقتضى عليه قيمة العبد.

وكذلك لو أكره[1] رجلٌ رجلاً على إعتاق عبدٍ بعينه ضمن المكره له قيمته.

وبمثله لو شهدا بالطلاق أو العفو عن القصاص أو أكره على ذلك ثم رجع الشهود لم يضمن الشهود ولا المكرِه شيئاً.

١ـ الإكراه: فى اللغة: الحمل على الشئ قهراً. يقال: أَكْرَهْت فلاناً إكراهاً: إذا حملته على أمر لم يرده ولم يرضه.
(الصحاح ٢٢٤٧/٦ والمغرب ٢١٧/٢ والمفردات ص ٤٢٩)
وفى الشرع: هو إجبار الغير على عملٍ بغير حقٍ بالوعيد والتهديد بحيث ينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره.
والإكراه نوعان:
الأول: الأكراه المُلجئ: هو الإكراه الكامل. وهو أن يكره بما يخاف على النفس أو العضو. فإنه يعدم الرضاء ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار.
والثانى:الإكراه غير الملجئ: هو الإكراه القاصر وهو أن يكره بما لا يخاف على النفس ولا على تلف عضو من الأعضاء كالإكراه بالضرب أو القيد أو الحبس. فإنه يعدم الرضاء ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار.
ويشترط فى الاكراه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به.
(راجع كل من بدائع الصنائع ١٧٥/٧ والهداية وشروحها ١٦٦/٨ وما بعدها وتكملة البحر الرائق ٧٠/٨ وشرح المجلة ص ٥٣٦ والتعريفات للجرجانى ص ٣٣ وأنيس الفقهاء ص ٢٦٤، ومجمع النهر ٤٢٨/٢ - ٤٢٩)

فإن قيل: إن العبد إنما يلزمه تسليم بدل الجارية فى حقه، وفى حق البدل هو العتاق. والعتاق ليس بمالٍ، ولا قيمة له كالطلاق والعفو عن القصاص.

قلنا: إن العقد إذا تم مبادلة مالٍ بإسقاط أعتبرت المبادلة بماكان، فسقط لا بالحال بعد السقوط؛ لأنه بعد السقوط عدم. والذى كان قبل السقوط فى مسألتنا مال متقوم، وفى باب الطلاق نكاح وفى باب العفو قصاص. وليسا بمالٍ ولا لهما قيمة على ما عرف.

فمحمد اعتبر ما يصل إلى العبد. وأبو حنيفة اعتبر ما خرج عن (ملك)[١] المولى. وكان هذا أولى (لوجهين)[٢]:

أحدهما: أن المعاوضة إنما تكون ببدلين. ولا شئ لا يكون بدلاً فيعتبر ما قبل الإسقاط[٣]

والثانى: أن الرد يجب لجبران حق المولى، فيعتبر ما خرج عن المولى ملكه ليجبر حقه بعينه أو بدله.

فإن قيل: هذا الاعتبار يؤدي إلى الدور، فسقط[٤] .

وبيان ذلك: إنا متى أوجبنا على العبد تسليم نفسه بدلاً عن الجارية وقد عجز عن تسليم نفسه لزمه تسليم الجارية بدلاً عن نفسه، فلا يزال يدور.

قلنا: لا يجب؛ لأن الجارية واجبة للمولى بالعقد. والعقد باقٍ، فيلزم العبد تسليم بدل الجارية الواجبة بالعقد؛ فيجب البدل المسمى بالعقد وهو العبد.

فأما العبد نفسه فليس بواجب للمولى بالعقد حتى يصار إلى تقويم العبد

١ـ غير موجود فى نسخة(ا)
٢ـ فى نسخة ا: « الوجهين »
٣ـ أي إسقاط الرقية. كان العبد قبل اسقاط رقيته مالاً مملوكاً لمولاه.
٤ـ أى سقط الاستدلال به

فيه. بل يجب العبد للمولى على أنه قيمة الجارية.

فسقط اعتبار تقويم العبد فيما لم يجب بالعقد نفسه[١].

فإن قيل: هذا يبطل بما إذا اشترى داراً بعبد. وتقابضا، فأخذ الشفيع[٢] الدار بالشفعة، ثم وجد البائع بالعبد / عيباً فرده. فإنه يرجع على المشترى بقيمة العبد لا قيمة الدار خلافاً لزفر.

قلنا: لأن موجب هذا العقد فى حق البائع عند أخذ الشفيع الدار بالشفعة قيمة العبد. ألا ترى أن الشفيع لو أخذ الدار من البائع أخذها بقيمة العبد مع قيام العبد تسليماً عند المشترى.

ولما صار الموجب قيمة العبد فى هذه الحالة لم يقع العجز عن تسليم الموجب الأصلى، فلا يصار إلى قيمة العبد لحكم العقد وهو الدار.

فإن قيل: هذا يبطل بما إذا اشترى عبداً بجارية وتقابضا ثم تقايلا[٣] فقبض بائع العبد العبدَ. وهلكت الجارية عند مشتريها لزمه قيمة الجارية لا قيمة العبد.

قلنا: لأن الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين فلا تكون مبادلة، بل إعادة للملك القديم إلى صاحبه. فتبقى الجارية فى حكم المقبوض بسوم البيع أو عقدٍ فاسدٍ، فيكون عوضها بحكم العقد قيمتها، لاما سمى بإزائها.

فإن قيل: هذا يبطل بما إذا كاتب عبده على جارية بعينها، فقبضها ثم ردها بعيب. فإنه يرجع بقيمة الجارية، لا بقيمة العبد. وهذا إعتاق بمال بعد القبض بلا إشكال.

١ـ -فيرجع بقيمة الجارية

٢ـ سبق تعريف الشفيع والشفعة فى ص : ١٩٦

٣ـ راجع لتعريف الإقالة إلى ص : ٣٢٩

قلنا: من مشائخنا من يقول: إنه على الاختلاف، ولكن ظاهر الرواية[١] يدل على الوفاق.

ووجه ذلك: أن الكتابة تنعقد بالجارية على فك الحجر عن الأكساب واليد للعبد، فلم يكن الزائل بهذا العقد معنىً متقوماً؛ لأن المالية المتقومة في العبد ورقبته مملوكة للمولى كما كانت. وإذا لم يكن ما سقط عن المولى باكتابة متقوماً [٣٦١/أ] أعتبر بدل الكتابة ببدل النكاح لا بدل العتاق

فإن قيل: لو شهد شاهدان بالكتابة وقضى القاضي به ثم رجعا ضمنا.

قلنا: لأنهما بالكتابة منعا العبد عن المولى. والعبد متقوم. وهذا كما يضمن الغاصب بإزالة اليد دون الملك، غير أن المعاوضة في الكتابة ليست بالرقبة المتقومة بل بمازال عن المولى من اليد. ونفس اليد غير متقومة. والتقوم كان لما في اليد.

والصحيح: أن يكون مسألة الكتابة على الاختلاف؛ لأن الكتابة عند الأداء تتم مبادلة مال بالعتاق. والخلاف بعد الأداء. ومحمد كثيراً ما يستشهد بالمختلف فيه[٢]

✪✪✪✪✪✪

١ـ هو كتب محمد بن الحسن الشيباني. راجع ص: ٢٦٦ و ٣/١٠١

٢ـ راجع أيضاً إلى المبسوط ١٣/١١٨

مسألة

[الخلاف في حكم الرد بالعيب بعد الكسر أو القطع]

إذا اشترى شيئاً لا يطلع على عيبه إلا بعد الكسر أو القطع[١] ، لم يكن له الرد بالعيب إذا كسر[٢] .

وقال الشافعي: يملك ذلك؛ لأن البائع لما باع مع علمه بأن الرد بالعيب حق المشترى إذا اطلع عليه، ولا اطلاع عليه إلا بعد الكسر صار راضياً بالرد عليه بعيب الكسر[٣]

إلا أنا نقول: بأن الكسر فى الأصل تغير إلى نقصان؛ لأن مالية الجوز قبل الكسر غير مالية اللب بعد الكسر.

ولا إشكال فى البطيخ والقثاء ونحوهما. إن القطع نقصان فى المالية، والنقصان عند المشترى يمنع الرد بالعيب إلا برضاء البائع.

وقوله: بأن البائع راضٍ من الوجه الذى قاله، فمقابل بقولنا: إن المشترى لما اشترى مع علمه بأن لا يطلع على عيبه إلا بعد التعييب، والتعييب مانع من الرد،

١ـ كالبيض والجوز الهندى والبطيخ والقثاء والرمان

٢ـ إن كان المبيع بعد الكسر أو القطع غير منتفع به يرجع المشترى بالثمن كله؛ لأنه فى هذه الحال ليس بمال فعقد البيع على ماليس بمال باطل مثل من اشترى بيضاً فكسره فوجده فاسداً منتناً.

وإن كان المبيع ينتفع به مع فساده، يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان إلا أن يقبله البائع مكسوراً أو مقطوعاً ويرد الثمن.

(الهداية ١٨/٦ والبحر الرائق ٥٤/٦ والمجمع الأنهر ٤٧/٢ وحاشية ابن عابدين ٢٥/٥ ـ ٢٦)

٣ـ يرجع إلى مغنى المحتاج ٥٩/٢ ـ ٦٠، وروضة الطالبين ٤٨٤/٣ ـ ٤٨٥. ولا أرش على المشترى فى الأظهر عند الشافعية.

وفى قول آخر عندهم: يرد المبيع ويرد معه الأرش رعاية للجانبين. والأرش هو مابين قيمة المبيع صحيحاً معيباً ومكسوراً معيباً.

وفى قول ثالث يتفق مع الحنفية فى عدم الرد أصلاً كما فى سائر العيوب (وللمزيد من المعرفة راجع مصادر الشافعية المذكورة).

فقد رضى بأن لا يرده بالعيب، ثم جانب ضرر البائع بعيب المشترى أولى من ضرر جانب المشترى بعيب البائع؛ لأن المشترى يرجع بحصته من الثمن. فلا يهدر حقه. والبائع لورد عليه لم يرجع البائع بشئ، فيهدر حقه أصلاً.

✪✪✪✪✪✪

فصـــل

في معـرفة ما هـو عيب

[الخلاف فى حكم الرد بالتصرية]

قال علماؤنا : التصرية[١] ليست بعيب[٢]

١- التصرية: هى ترك حلب الناقة أو البقرة أوالشاة أياماً حتى يجتمع اللبن فى ضرعها.
وهى مأخوذة من صَرِيب الناقةُ صَرىً: إذا اجتمع اللبن فى ضرعها.
قال فى اللسان: « صَرَيتُ الناقةَ وغيرها من ذوات اللبن، وصَرَّيتُها وأصريتها: حفلتها. » (٤٥٨/١٤)
والناقة: صرياء ومصراة: أى محفلة
سبق تعريف المصراة والمحفلة فى ص :٣٢١، ٢٩٨
(الصحاح ٢٤٠٠/٦، ولسان العرب ٤٥٨/١٤، والمصباح المنير ٣٣٩/١)

٢- فى هذه المسألة روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله:
الأولى: رواية الطحاوى: إن التصرية عيب، والمشترى يرجع على البائع بنقصان عيب المصراة وليس له ردها عليه.
فقال فى مختصره (ص ٧٩ - ٨٠): « وإذا اشترى الرجل ناقة أو بقرة أو شاة على أنها لبون ثم حلبها مرة بعد مرة فتبين له بنقصان لبنها أنها مصراة؛ فإنه يرجع على بائعه بنقصان عيبها وليس له ردها عليه دون لبنها ولا مع لبنها.»
وذكر أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد، وقول أبى يوسف القديم.
وقال أبو يوسف فى الأخير فيما روى عنه أصحاب الإملاء: إنه يردها وقيمة صاع من تمر ويحتبس لبنها لنفسه.
وأشار أنه يأخذ بالقول الأول.
وامتناع الرد فى هذه الرواية لثبوت الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع (فتح الغفار ٨٢/٢)
والثانية: هى رواية المؤلف - أى القاضى أبى زيد الدبوسى - رحمه الله -: إن التصرية ليست بعيب. وأشار فى فتح الغفار (٨٢/٢) أخذ بهذه الرواية الامام الكرخى.
وهذه الرواية تتفق مع ما ذكر فى كتب الأصول بأن حديث المصراة مخالف للقياس الصحيح أن تقدير ضمان العدوان بالمثل ثابت بالكتاب. وهو قوله تعالى: ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ سورة البقرة - ١٩٤. وتقديره بالقيمة ثابت بالسنة، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « من أعتق شقصاً له فى عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً. » قال ابن نجيم فى فتح الغفار (٨١/٢) بعد ذكر النصين: « وكلاهما ثابت بالاجماع المنعقد على وجوب المثل أوالقيمة فوات العين. »
والحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضى الله عنه. وله ألفاظ وطرق (راجع نصب الراية ٢٨٢/٣ - ٢٨٣)
يرجع للمسألة إلى مختصر الطحاوى ص ٧٩ - ٨٠ ، وعمدة القارى ٣٦٤/٩ وفتح الغفار ٨١/٢ - ٨٢ ، والمغنى للخبازى ص ١٩٧، وفتح القدير لابن الهمام ٤١/٦، وبدائع الصنائع ٢٧٤/٥).

وقال الشافعي: عيب. فإن شعر بها بعد الحلب ردها ورد معها صاعاً من تمر بإزاء اللبن[١].

وكذلك إذا اشترى عبداً به أثر الكتابة والبائع كان احتال بذلك الأثر، فهو على ذلك الاختلاف[٢].

واحتج فيه بما روى أبو هريرة عن النبى عليه السلام: « من اشترى شاة فوجدها محفلة[٣] فهو بخير النظرين إلى ثلاثة أيام. إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها ورد معها صاعاً من تمر »[٤].

فهذا نص فى الباب لا يحتمل التأويل، وهو حديث صحيح أوردَه صاحبنا وصاحبكم فى البيوع.

وقولكم: بأن هذا الحديث ورد بخلاف القياس[٥] فلا يضرنا، لأن القياس يترك بالحديث على أنه لا خلاف.

أما التوقيت[٦] فليس للخيار ولكن لظهور العيب. فعيب التحفيل لا يظهر

١ـ يرجع إلى الأم ٦٨/٣، والاصطلام ٩٨/٢ ب، والمهذب ٢٨٩/١، وروضة الطالبين ٤٦٦/٣، ومغنى المحتاج ٦٣/٢ - ٦٤

٢ـ والظاهر من كتب الشافعيه لا خيار للمشترى فى هذه الحالة فى الأصح لتقصيره بعدم امتحانه والسؤال عنه: لأن الاستدلال به على الكتابة ضعيف؛ فإنه ربما لبس ثوب غيره أو أصابه من حمل دواة.

(مغنى المحتاج ٦٥/٢، وروضة الطالبين ٤٦٩/٣ قال فيه: ولو لطخ ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتاب أو الخبازين وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه.... « فلا خيار على الأصح لتقصير المشترى. »

إنما على هذا الخلاف إذا حبس البائع ماء القناة أو الرحا وأرسل ماء كل منهما عند البيع، أو سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها، أو جعد شعرها ثم بان أنهاسبطة الشعر، أو حمر وجها ثم بان صفرة وجهها ونحو ذلك من التدليس بما يختلف به الثمن.

(المهذب ٢٩٠/١، ومغنى المحتاج ٦٤/٢، وروضة الطالبين ٤٦٩/٣)

٣ـ المحفلة: سبق ذكرها وتعريفها فى ص : ٣٩٨

٤ـ الحديث متفق عليه. سبق تخريجه فى ص: ٣٩٨

٥ـ راجع فتح الغفار ٨١/٢ والمغنى للخبازى ص ١٩٧ سبق الكلام فى ذلك فى ص : ٤١٦

٦ـ أى التوقيت بثلاثة أيام

بدون ثلاثة أيام وبدون ثلاث حلبات؛ لأن الحلبة الأولى لا يعلم شيئاً. والحلبة الثانية وإن انتقصت فلا يتحقق بها العيب لجواز أن النقصان كان لعارض. فإذا جاءت الحلبة الثالثة على قدر الثانية تحقق أن ذلك هو العادة، ولم يكن النقصان لعارضٍ

وأما اللبن؛ فسبيل الموجود وقت البيع الرد؛ لأنه مما دخل تحت العقد كالصوف. غير أن اللبن فى الأغلب لا يحفظ وحده بل يخلط بغيره أو يتلف. فلا يتصور رده عادة. فأجاب الرسول عليه السلام على ما عليه العادة برده قيمة اللبن. فقومه بصاع[١] من تمر.

فكان هذا القدر حكماً ثبت بخلاف القياس شرعاً. وغير ذلك قياس.

والمعنى فى المسألة: أن الغزارة صفة زائدة للحلوب كالكتابة للعبد. والغزارة مرة تعرف بالنص ومرة بالتحفيل. وانتفاخ الضرع باللبن بسبب التحفيل أدل على الغزارة من النص على الغزارة. فإذا كان الاجتماع[٢] بفعل من البائع وإنه دليل على الغزارة صار بمنزلة ثبوت الغزارة بدليل نصه.

ولو باع على أنها غزيرة اللبن؛ أو باع على أنه كاتب، فإذا ليس كذلك فإن فوت ما شرط له من الصفة المرغوب فيها يجرى مجرى العيب. فكذلك هذا.

فأما إذا اجتمع اللبن لا بصنع البائع فليس يوجد من قبله ما يجعله شرطاً لهذه الزيادة، فلا تصير مبيعة بمطلق التسمية إلا ما دخل تحت الإسم[٣] فلا يصير قوت مالم يدخل تحت التسمية عيباً بخلاف مالو عظم بطنها بالعلف حتى اشتراها على تقدير أنها حامل؛ لأن الشراء بشرط أنها حامل لا يصح، ولا تصير صفة الحمل

١ـ سبق ذكر الصاع وتعريفه فى ص :١١١

٢ـ أى اجتماع اللبن

٣ـ إنما دخل تحت الأسم الشاة دون الحليب مثل عدم دخول صوفها.

مما يجب تسليمها بالشرط، فكذلك بالفعل. فيكون عدم الحكم بعدم العلة دليل الصحة.

وقد سمعت بعضهم يقول: إذا علف الدابة حتى انتفخ بطنها ثم باع على ترويج أنها حامل يكون عيباً ويرد به. وذهب إلى طريقة أخرى وهى إن غر المشترى بذلك الصنع فيكون (وبال)[١] الغرور عليه. وذلك بأن يجعل ما أظهر بغروره فى حكم صفة مشروطة للمشترى شرطاً صحيحاً.

فأما إذا لم يكن بصنع البائع فلا يصير غاراً، بل يصير المشترى (مُغَرّاً)[٢] بنفسه، فيكون وبال ذلك عليه دون البائع.

والوجهان جميعاً بابان من الفقه، كما إذا اشترى جارية واستولدها[٣] ثم استحقت وضمن / قيمة الولد رجع على البائع بالغرور كأنه ضمن له سلامة الولد [٣٦١/ب] بالشرط. وإن لم يضمن لدلالة الحال عليه من بيعه الثابت بقوله.

ووجه ما ذهب إليه علماؤنا: إن التصرية لاجتماع اللبن. والإجتماع بنفسه لا يكون عيباً، فكذلك الجمع أو التصرية لبس على النزارة[٤] . والنزارة ليست بعيب فى نفسها، فإنه لا يجبر الرد بسبب النزارة بلا تصرية، وهذا لا شك فيه. فالعيب عنده فى فوت ما ظهر بالاجتماع وقد صارت تلك الزيادة كالمشروطة، ولا يجوز أن يكون عيباً من هذا الطريق من وجوه.

أحدها: ان المذهب عندنا: أن من عرض عبده وقال: « إنه كاتب » ، أو شاة

١ـ غير موجود فى نسخة « ب »
٢ـ فى نسخة ب: « معتبراً »
٣ـ سبق تعريف الاستيلاد فى ص: ٤٠٤
٤ـ النَّزَارَة: القِلَّةُ من نَزُرَ الشئ نَزَارَةً ونُزُوراً فهو نَزْرٌ و نُزُورٌ ونَزِيرٌ أى قليل. (الصحاح ٨٢٦/٢، ولسان العرب ٢٠٣/٥، والمصباح المنير ٦٠٠/٢)

وقال: « إنها غزيرة اللبن »؛ ثم باع ولم يشترط الكتابة والغزارة، ثمَّ تبين أنه ليس بكاتب لم يرد عليه. فكذلك إذا أظهر هذا الوصف بفعله إنما يرد عليه إذا باع على أنه كاتب؛ لأن على كلمة شرط والتزام، فيلزم التسليم بذلك الوصف. والفعل الذى وجد من البائع دليل الإظهار للترويج، لا دليل التحقيق والالتزام، فلا يلزمه التسليم بذلك الوصف. فلا يصير فوته عيباً.

والثانى: أن المبيع بشرط أنها غزيرة اللبن باطل؛ لأن غزارة اللبن عبارة عن كثرة اللبن. واللبن من ثمرات الشاة[١]

فيكون تبعاً للعين فبشرط تحصيل الثمرة المبتاعة منه وتسليمه فيكون فاسداً؛ لأن الثمرة معدومة غير داخلة تحت العقد. وكان بمنزلة ما إذا باع عبداً بشرط أنه يكتب كل يوم كذا وكذا ورقة أو شاة بشرط أنها حامل؛ لأن الولد ثمرة الشاة وقد شرط تسليمها بالولد ولا يدرى قيام الولد كما لا يدرى وجود أجزاء اللبن التى هى عبارة عن الغزارة بخلاف ما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب؛ فإنه عبارة عن علم الكتابة دون الفعل، والعلم صفة قائمة يزداد به معنى المالية للأصل، لا عن نفس الكتابة التى هى ثمرة العبد الكاتب. والغزارة بمنزلة الكتابة. وشرط حقيقة الكتابة يفسد العقد. إنما لا يفسده شرط (العلم)[٢]

والثالث: ان الفعل لا يصير كالنص؛ لأن النص على الغزارة لا يحتمل غير ذلك. وانتفاخ الضرع يحتمل الغزارة والاجتماع بالحبلة. والمحتمل لا يكون حجة.

١ـ فى نسخة ب زيادة « أو البقر » .
٢ـ فى نسخة ب: « العمل » .

والنص المحكم يكون حجة. فلم يجز اعتبار أحدهما[١] بالآخر.

وأما فصل الغرور فضعيف؛ لأن المشترى معتبر فى البناء على الانتفاخ. وإنه يحتمل الغزارة وغيرها، بل جهة التحفيل أغلب على ما عليه عادات الباعة فى ترويج / السلع. وهذا كرجل يقول لآخر: « كل هذا الطعام، فإنه لى »، فأكل، أو وهب جارية فاستولدها الموهوب له، ثم جاء المستحق؛ لا يضمن الواهب والآكل شيئاً؛ لأن الفاعل معبر فيما صدقه مع احتمال كلامه الصدق والكذب (وإن كان بنفسه)[٢] (نص)[٣] نصاً على أنه ملكه فكيف فى مسألتنا. ونفس الانتفاخ محتمل.

والشافعى يخالفنا فى الواهب. فالحجة ما قلناه، بخلاف ما إذا اشترى جارية فاستولدها ثم استحق رجع المشترى على البائع بقيمة الولد بحكم الغرور. وإن احتمل كلام البائع الكذب كما لو كان واهباً؛ لأن الغرور ما ثبت بالعلة التى تحتمل الملك وغيره، بل بما يلزمه من الثمن بالعقد. فإنه لايلزم إلا عن (ملك)[٤] المبيع. واللزوم لا يحتمل غير جهة الملك، فصار كالشرط.

والدليل على ضعف هذا القول: أنه يقول: « يردها[٥] ويرد معها صاعاً بازاء اللبن » واللبن الذى يحلب بعد الشراء والقبض لا يكون مضموناً على المشترى بحال؛ لأنه فرع ملكه الصحيح، فلا يضمن بالتعدى لعدم التعدى، ولا يضمن بالعقد فإن ضمان العقد ينتهى بالقبض.

ألا ترى أنه لا يضمن اللبن الذى يحدث بعد القبض. فكذلك اللبن الذى

١ـ أى اعتبار أحد الاحتمالين
٢ـ غير موجود فى نسخة ا
٣ـ غير موجود فى نسخة ب
٤ـ فى نسخة ب: « تملك »
٥ـ أى يرد المُصَراة

كان حين العقد[١] ثم حلب بعد القبض؛ لأن الذى كان لم يكن يُعد مالاً بالحلب، وإنما يصير مالا بالحلب، فلا يدخل تحت العقد. وهو فى حكم ماليس بمال. فيصير بمنزلة الحادث بعد القبض ويصير كالكسب[٢] . ولأن كان مالاً كان صفة للشاة فيعتبر مالاً تبعاً كالصوف، فلا يكون له حصة من الثمن مالم يزايل الأصل.

ألا ترى أنه لوزال الأصل قبل القبض بآفة لم يسقط بإزاء شئ من الثمن.

فكذلك إذا قبض والوصف متصل بالأصل. وكذلك تبع لا يصير له حصة من الثمن كما لم يصر بنفس العقد. وإذا لم يصر له حصة من الثمن أشبه ما يحدث بعد العقد والقبض.

ولا يقال: إن الوصف عندنا له حصة من الثمن بالعقد؛ لأن الثمن متى قابله صار بنفسه مبيعاً، بنفسه ركناً. فالركن المبيع حُدّ إلا بمقابلة الثمن إياه، وانه لا يجوز كما لو باع الوصف وحده لم يجز. ولو كان هكذا لجرى عليه الفسخ قصداً.

ولإن جاز أن يقابله الضمان فهو ضمان العقد. فإذا امتنع يجب أن يسقط عن البائع حصته من الثمن، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما.

ولإن كان ضمان التعدى فيجب أن يضمن مثل اللبن كيلاً أو دراهم.

فأما الصاع من التمر بلا تقويم فلا وجه له فى الشرع؛ ولأنه يضمن مع قيام اللبن. وهذا أمرٌ فاسد.

فثبت أن التفريع باطل، فاستدل به أن الأصل باطل.

فثبت أن هذه مسألة لا وجه للشافعى فيها من طريق القياس. وإنما قاله نصاً فيحتاج [٣٦٢/أ]

١ـ أى اللبن الموجود فى الضرع حين العقد

٢ـ أى كسب المبيع

أن نجيب عنه فنقول: إن الأصل عندنا فى روايات (أبى هريرة)[١] أنها ترد بالقياس الصحيح. وأن القياس أولى منه[٢] فلا يلزمنا.

وهذه المسألة من أصول الفقه ذكرناها فى موضعها[٣] . وقد ذكرنا أن يرد صاع من تمر بازاء اللبن أمر بخلاف القياس. ولأن ظاهر الحديث يدل على توقيت خيار العيب. ولأنا ذكرنا أن القياس لا يجعل التصرية عيباً على ما بينا. وإذا وجب الرد بالقياس بظاهر طلبٍ، له تأويل - وان بَعُد - احترازاً عن الرد. وهو أن الخصومة كانت واقعة فى شاة مشتراة محفلة فندب النبى عليه السلام (البائع إلى الاسترداد صلحاً لا حكماً فأبى بعلة اللبن فى ثلاثة أيام فزاد النبى عليه السلام)[٤]

١- ساقط فى نسخة (ا)

٢- اشتراط فقه الراوى لتقدم الخبر على القياس هو قول عيسى بن أبان صاحب محمد بن الحسن المتوفى سنة ٢٢١ هـ. ولم يرو عنه أن أبا هريرة - رضى الله عنه - غير فقيه.
واختار قوله المؤلف أبو زيد الدبوسى - رحمه الله -. قال فى فتح الغفار (٨٢/٢): « ثم اعلم أن اشتراط فقه الراوى لتقدم الخبر على القياس مذهب عيسى بن أبان. واختاره القاضى أبو زيد وخرج عليه حديث المصراة وخبر العرايا وتابعه أكثر المتأخرين.
وأما عند الكرخى ومن تابعه من أصحابنا فليس فقه الراوى شرطاً لتقديم الخبر. بل يقبل خبر كل عدل ضابط إذا لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة ويقدم على القياس.
قال أبو اليسر - يعنى محمد بن محمد البزدوى المتوفى سنة ٤٩٣ هـ -: وإليه مال كثير من العلماء: لأن التغيير من الراوى بعد ثبوت عدالته وضبطه موهوم. والظاهر أنه يروى كما سمع...
على أنا لا نسلم أن أبا هريرة لم يكن فقيهاً، بل كان. ولم يعدم شيئاً من أسباب الاجتهاد. وقد كان يفتى فى زمن الصحابة. وما كان يفتى فى ذلك الزمان إلا مجتهد؛ فلا وجه لرد حديثه.
هذا هو القول فى أبى هريرة - رضى الله عنه - الذى دعا النبى ﷺ له بالحفظ فاستجاب الله تعالى له فيه حتى انتشر فى العالم ذكره وحديثه.
(راجع أيضاً إلى كشف الأسرار للبخارى ٣٨٣/٢. ويأتى الكلام فى ذلك أيضاً فى بحث فى مسألة التصرية).

٣- راجع إلى تقويم أدلة الأحكام (اللوحة ٧٠ ا - ب)

٤- مابين القوسين ساقط فى نسخة (ا)

بذلك السبب صاعاً من تمرٍ فقبل البائع الشاة والتمر. ورد التمر صلحاً. فكان (الشراء)[١] مبتدأ - وإنه جائز عندنا - فظن الراوى أنه كان حكماً.[٢] وكانوا يستجيزون نقل الخبر بما عندهم من المعنى فنقل على ما ظن بعبارته.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ في نسخة (ا): « شراء »

٢ـ ويأتي بحث في أقوال العلماء في حكم التصرية ومناقشة هذه الأقوال

- - - - - - - - - - - - - - - -

بحث في مسألة التصرية

« التصرية - كما ذكرنا - ترك حلب الناقة أو البقرة أو الشاة أياماً حتى يجتمع اللبن فى ضرعها ويظنها المشترى كثيرة اللبن.

وقداختلفت كلمة الفقهاء فى حكم التصرية والمصراة فى عدة مواضع:-

الموضع الأول: لو اشترى شخص مصراة من الأنعام - وهو لا يعلم تصريتها ثم علمها فهل يثبت له الخيار بعيب التصرية أم لا ؟

أو بلفظ آخر: هل التصرية تعتبر عيباً أم لا ؟ فيه قولان:

الأول: إن التصرية فى الأنعام عيب.

وهو قول الجمهور. منهم الامام مالك والليث وابن أبى ليلى وزفر والشافعى وأحمد بن حنبل. وكذلك قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد بن الحسن فى رواية الطحاوى عنهم (راجع لهذا القول المنتقى للباجى ١٩٦/٤ - ١٩٧ والمهذب ٢٨٩/١ - ومغنى المحتاج ٦٣/٢ - ٦٤ - وكشاف القناع ٢١٤/٣ - والمغنى ١٤٩/٤ - ومختصر الطحاوى ص ٧٩ - ٨٠ - وشرح معانى الآثار ١٩/٤ - وعمدة القارى ٣٦٤/٩ - وفتح الغفار ٨٢/٢ - وفتح القدير لابن الهمام ٤١/٦ - وحاشية ابن عابدين٤٤/٥)

واستدلوا لمذهبهم بقوله ﷺ : « لا تصروا الإبل والغنم ! فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك وإن شاء ردّها وصاعَ تمر. ». والحديث متفق عليه عن أبى هريرة واللفظ للبخارى ٣٦٣/٩(سبق تخريج الحديث فى ص : ٣٩٨

والقول الثانى: إن التصرية لا تعتبر عيباً.

وهو رواية عبيد الله بن الحسن الكرخى والقاضى أبى زيد الدبوسى(أى المؤلف رحمه الله) عن أبى حنيفة . روى ذلك أيضاً عن مالك .

يرجع أيضاً لهذا إلى عمدة القارى ٣٦٤/٩ وفتح القدير لابن الهمام ٤١/٦ وحاشية ابن عابدين ٤٤/٥ وفتح الغفار ٨٢/٢ إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٤/٢)

واستدلوا على قولهم بأن التصرية لاجتماع اللبن، والاجتماع بنفسه لا يكون عيباً.

وكذلك الجمع أو التصرية ليس على قلة اللبن. وكون الشاة قليلة اللبن ليس بعيب فى نفسه. فإنه لا يجبر الرد بسبب قلة اللبن بلا تصرية؛ لأن زيادة اللبن ليست من موجبات العقد.(راجع ص:٢٢٢ وإعلاء السنن ٦٥/١٣ - ٦٦) ومن ذهب إلى هذا القول لم يجدوا حديث التصرية صالحاً للاحتجاج به.

والخلاف أصلا مبنى على الخلاف فى العمل بهذا الحديث - مع تسليم الكل صحة سند الحديث ولا أعرف من الفقهاء رحمهم الله طعن فى صحة سنده من حيث العدل والضبط. ولكن الإشكال يأتى من حيث المتن. وهو مطرح أنظار العلماء وميدان نقاشهم؛ لأن الحديث يدل على أحكام كثيرة بصريح لفظه وباقتضاءه. ومن هذه الأحكام ما يخالف الأصول الشرعية كما يأتى بيانه.

إن أهم ما يستفاد من حديث المصراة:

- - - - - - - - - - - - - - - -

= ١- حرمة التصرية؛ لأن ارتكاب المنهى عنه معصية. والتصرية منهى عنها لأجل الغش والخديعة التى فيها للمشترى.

٢ ـ ثبوت الخيار بعيب التصرية

٣- تقييد مدة هذا الخيار بثلاثة أيام فى بعض الروايات - مثل ما ورد فى احدى روايات مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر. »(كتاب البيوع / باب حكم بيع المصراة ١١٥٨/٣)

ذلك التقييد لا يتناسب مع خيار العيب؛ لأنه غير مقيد بالأيام.

٤- رد شئ مع المصراة مقابل اللبن المحلوب. ويلزم من ذلك عدم رد اللبن.

وهذا يخالف قوله ﷺ :« الخراج بالضمان »(راجع لتخريجه ص:٣٠٤) ؛ لأن الحليب غلة المصراة ويكون للمشترى بضمانه، ولا يرد للغلة بدلاً. (شرح معانى الآثار ٢١/٤، وإحكام الأحكام لابن دقيق العبد ١٣٣/٢)

٥- تعيين جنس المردود مقابل اللبن فى التمر. جاء ذلك فى أكثر الروايات. وجاء فى رواية عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهما عند أبى داود (البيوع / باب من اشترى مصراة وكرهها ٨٨/٥) تعيينه فى القمح حيث قال: « فإن ردّها ردّ معها مثل أو مثلى لبنها قمحاً »

وجاء فى رواية عن أبى هريرة رضى الله عنه ذكر الطعام، حيث قال: « فإن رد معها صاعاً من طعام لا سمراء »(والرواية عند مسلم ١١٥٨/٣ وأبى داود ٨٥/٥)

٦- تعيين مقدار بدل اللبن فى الصاع مطلقاً ، أى لا يختلف باختلاف قدر اللبن واختلاف نوعه.

وهذا يخالف تقدير الضمان بالمثل، وهو ثابت بالكتاب، قال عزوجل: ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم. واتقوا الله واعلموا أن الله مع المتقين ﴾ سورة البقرة - ١٩٤

ويخالف تقديره بالقيمة، وهو ثابت بالسنة، قال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شقصاً له فى عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً »(سيأتى تخريجه جـ٣ ص:١٢٨ .)

بعد ذكر هذين النصين قال فى فتح القدير (٨١/٢): « وكلاهما ثابت بالإجماع المنعقد على وجوب المثل أو القيمة عند فوات العين»

قال ابن دقيق العيد المالكى ثم الشافعى المتوفى سنة ٧٠٢ هـ: « لم يقل أبو حنيفة بهذا الحديث، وروى عن مالك قول أيضاً بعدم القبول به. والذى أوجب ذلك أنه قيل حديث مخالف لقياس الأصول المعلومة. وما كان كذلك لا يلزم العمل به.

أما الأول: فهو أنه مخالف لقياس الأصول المعلومة - فمن وجوه: أحدها: أن المعلوم من الأصول: أن ضمان المثليات بالمثل، وضمان المتقومات بالقيمة من النقدية. وههنا إن كان اللبن مثلياً كان ينبغى ضمانه بمثله لبناً. وإن كان متقوماً ضمن بقيمته من النقدين. وقد وضع ههنا مضموناً بالتمر، فهو خارج عن الأصلين جميعاً.

الثانى: أن القواعد الكلية تقتضى أن يكون المضمون مقدر الضمان بقدر التالف وذلك مختلف، فقدر الضمان مختلف، لكنه قدر ههنا بمقدار واحد، وهو الصاع مطلقاً. فخرج من القياس الكلى فى اختلاف ضمان المتلفات باختلاف قدرها وصفتها. =

- - - - - - - - - - - -

=الثالث: أن اللبن التالف إن كان موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود من أصل الخلقة، وذلك مانع من الرد، كما لو ذهب بعض أعضاء المبيع ثم ظهر على عيب؛ فإنه يمنع الرد.

وإن كان هذا اللبن حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشترى، فلا يضمنه. وإن كان مختلطاً فما كان منه موجوداً عند العقد منع الرد. وما كان حادثاً لم يجب ضمانه.

الرابع: إثبات الخيار ثلاثاً من غير شرط مخالف للأصول. فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تتقدر بالثلاث كخيار العيب وخيار الرؤية عند من يثبته وخيار المجلس عند من يقول به.

الخامس: يلزم القول بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع فى بعض الصور. وهو ما إذا كانت قيمة الشاة صاعاً من تمر. فإنها ترجع إليه مع الصاع الذى هو مقدار ثمنها.

السادس: أنه مخالف لقاعدة الربا فى بعض الصور. وهو ما إذا اشترى شاة بصاع. فإن استرد معها صاعاً من تمر، فقد استرجع الصاع الذى هو الثمن فيكون قد باع صاعاً وشاة بصاع. وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم، فإنكم تمنعون مثل ذلك.

السابع: إذا كان اللبن باقياً لم يكلف رده عندكم، فإذا أمسكه فالحكم كما لو تلف فيرد الصاع. وفى ذلك ضمان بالأعيان مع بقائها. والأعيان لا تضمن بالبدل إلا مع فواتها كالغصوب وسائر المضمونات.

الثامن: قال بعضهم: إنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط؛ لأن نقصان اللبن لو كان عيباً لثبت به الرد من غير تصرية. ولا يثبت الرد فى الشرع إلا بعيب أو شرط

وأما المقام الثانى: وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفاً لقياس الأصول المعلومة، لم يجب العمل به. فلأن الأصول المعلومة مقطوع بها من الشرع. وخبر الواحد مظنون. والمظنون لا يعارض المعلوم » (إحكام الأحكام ١٣٤/٢ - ١٣٥)

ومثل الأصوليون من الحنفية بهذا الحديث على رواية راو غير فقيه جاءت مخالفة للقياس. قال فى المنار: « وإن عرف بالعدالة دون الفقه كأنس وأبى هريرة، إن وافق حديثه القياس عمل به وإن خالفه لم يترك إلا لضرورة كحديث المصراة. » (المنار مع شرحه فتح الغفار ٨٠/٢ - ٨١)

إشتراط فقه الراوى لتقدم الخبر على القياس قول عيسى بن أبان ولم يرو عنه أن أبا هريرة غير فقيه. (راجع فتح الغفار ٨٢/٢ ، واعلاء السنن٨٣/١٤) وقال فى فتح الغفار (٨٢/٢) : « ثم اعلم أن اشتراط فقه الراوى لتقدم الخبر على القياس مذهب عيسى بن أبان. واختاره القاضى أبو زيد وخرج عليه حديث المصراة وخبر العرايا. وتابعة أكثرالمتأخرين.

وأما عند الكرخى ومن تابعه من أصحابنا فليس فقه الراوى شرطاً لتقديم الخبر. بل يقبل خبر كل عدل ضابط إذا لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة المشهورة ويقدم على القياس. قال أبو اليسر - يعنى محمد بن محمد البزدوى المتوفى سنة ٤٩٣هـ وإليه مال كثير من العلماء؛ لأن التغيير من الراوى بعد ثبوت عدالته وضبطه موهوم. والظاهر أنه يروى كما سمع.

والدليل على صحته: أن عمر رضى الله عنه قبل حديث جمل بن مالك فى الجنين

- - - - - - - - - - -

=وإن كان مخالفاً للقياس؛ لأن الجنين إن كان حياً وجبت الدية كاملة وإن كان ميتاً فلا يجب فيه شئ.

وقبل خبر الضحاك فى توريث المرأة من دية زوجها وكان القياس عنده خلاف ذلك؛ لأن الميراث يثبت بملكه قبل الموت. والزوج لا يملك الدية قبل الموت.

ومعلوم أنهما لم يكونا من فقهاء الصحابة. وله شواهد كثيرة. ولم ينقل هذا التفصيل عن أصحابنا بدليل أنهم عملوا بخبر أبى هريرة فى الصائم إذا أكل أو شرب ناسياً مع أنه مخالف للقياس، حتى قال أبو حنيفة: لولا الرواية لقلت بالقياس.

ولم ينقل عن أحد من السلف اشتراط فقه الراوى للتقديم. فثبت أنه مستحدث.

وأجاب عن حديث المصراة والعرية ونحوهما: أن ترك أصحابنا العمل لمخالفتها الكتاب - وهو ماتلونا - والسنة وإجماع المتقدمين، لا لعدم فقه الراوى. على أنا لا نسلم أن أبا هريرة لم يكن فقيهاً ؛ بل كان. ولم يعدم شيئاً من أسباب الاجتهاد. وقد كان يفتى فى زمن الصحابة، وما كان يفتى فى ذلك الزمان إلا مجتهد. فلا وجه لرد حديثه ». هذا القول فى أبى هريرة رضى الله عنه أكثر إنصافاً. وهو الصواب والله أعلم. (راجع أيضاً إلى إعلاء السنن / باب الرد على من قال: إن أبا هريرة لم يكن فقيهاً ٨٣/١٤ وكشف الأسرار للبخارى ٣٨٣/٢)

وهناك من سلك طريقة أخرى فى الاعتذار عن الحديث، وهى ادعاء النسخ ولكنهم اختلفوا فىالناسخ. هذا الادعاء ضعيف والله أعلم. (راجع للمعرفة إلى شرح معانى الآثار ١٩/٤ وعمدة القارى ٣٦٤/٩ - ٣٦٨ وإحكام الأحكام ١٣٧/٢)

* والظاهر أن فى حديث التصرية أموراً تحتاج إلى المناقشة والمراجعة إلى أدلة أخرى - كما يأتى قريباً إن شاء الله - ولكن هذه الأمور والإشكالات لا تؤثر على صراحة النص باعتبار التصرية عيباً وثبوت الخيار بذلك. والله أعلم. وهو الراجح عند جمهور الفقهاء. وكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد بن الحسن فى رواية الطحاوى عنهم كما سبق ذكره. (شرح معانى الآثار ١٩/٤. ومختصر الطحاوى ص ٧٩ - ٨٠ ، وفتح القدير لابن الهمام ٤١/٦)

الموضع الثانى فى ردّ المصراة.

وإن ثبت أن التصرية عيب فهل للمشترى ردها أم لا ؟

للفقهاء فى ذلك قولان:

الأول: إن للمشترى رد المصراة إن اختار الرد. وهو قول مالك وابن أبى ليلى واسحاق والشافعى وأحمد وهو قول أبى يوسف أيضاً فى رواية غير مشهورة عنه (المنتقى للباجى ١٩٦/٤ - ١٩٧ والمهذب ٢٨٩/١ وروضة الطالبين ٤٦٦/٣ كشاف القناع ٢١٤/٣ المغنى ١٥٠/٤ وشرح معانى الآثار ١٩/٤ وحاشية ابن عابدين ٤٤/٥) استدلوا لمذهبهم بصريح الحديث: « إن شاء أمسك وإن شاء ردها ... »

والقول الثانى : ليس للمشترى رد المصراة بخيار العيب ولكنه يرجع على البائع بالنقصان. وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقول أبى يوسف القديم ورواية عن مالك وابن أبى ليلى (عمدة القارى ٣٦٤/٩، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٣/٢، ومختصر الطحاوى ص ٨٠ وحاشية ابن عابدين ٤٤/٥ وعقود الجواهر المنيفة ٢٠/٢)

واستدلوا لمذهبهم بأن اللبن زيادة منفصلة متولدة من المبيع، فهى تمنع الرد ثم أن اللبن التالف إن كان موجوداً فى ضرع الحيوان عند العقد فقد ذهب بالحلب جزء من المعقود عليه من أصل الخلقة كما لو ذهب بعض أعضاء المبيع ثم= -

- - - - - - - - -

= أظهر على عيب، فإنه يمنع الرد أيضاً

وإن كان هذا اللبن حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشترى فلا يضمنه.

وإن كان مختلطاً: فما كان منه موجوداً عند العقد منع الرد وما كان حادثاً لم يجب ضمانه.

قال الطحاوى: « فكان ما كان فى يد البائع من ذلك مبيعاً، إذا أوجب نقض البيع فى الشاة وجب نقض البيع فيه.

وما حدث فى يد المشترى من ذلك فإنما كان ملكه بسبب البيع أيضاً، وحكمه حكم الشاة؛ لأنه من بدنها ... (شرح معانى الآثار ٢١/٤) راجع أيضاً إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٤/٢

وأجاب أصحاب القول الأول عن اعتذاراتهم بأن جواز رد المصراة ثابت بالنص فيجب اعتباره فيها، وإن لم يجز فى سائر المواضع. ثم إن النقص الحاصل فى يد المشترى بسبب الحلب نقص لاستعلام العيب فلا يمنع الرد. (المهذب ٢٩٠/١، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٦/٢)

ولكن هذا الجواب لا يسد كل المنافذ كما هو ظاهر والله أعلم

هناك وجه آخر لحل المسألة، وهو حمل الحديث على قضاء المصالحة أى أن النبى ﷺ ندب البائع إلى الاسترداد صلحاً لقطع النزاع والخصام الواقع بين بائع المصراة ومشتريه. (راجع ص٤٢٦واعلاء السنن ٦٣/١٤ - ٦٧)

الموضع الثالث: فى بدل اللبن المحلوب؛ إن كل من جوز رد المصراة على سبيل الحكم قال بلزوم رد بدل اللبن. ولكنهم اختلفوا فى مقدار ذلك البدل وجنسه على أربعة أقوال:

الأول: إن هذا البدل صاع من تمر مطلقاً

وهو قول الشافعى والليث واسحاق وأحمد بن حنبل (المهذب ٢٩٠/١ ، وإحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٣٣/٢ وعمدة القارى ٣٦٤/٩ وكشاف القناع ٢١٤/٣ والمغنى ١٥١/٤)

دليلهم فيما ذهبوا إليه ما ورد فى أكثر روايات الحديث بصريح اللفظ قال عليه الصلاة والسلام: « ورد معها صاعاً من تمر » (صحيح مسلم ١١٥٨/٣) (راجع أيضاً ص :٣٩٨ولذا قال فى المغنى (١٥١/٤):« هو مقدر فى الشرع بصاع من تمر كما فى الحديث الصحيح الذى أوردناه »

والثانى: إن هذا البدل صاع من غالب قوت البلد.

وهو قول مالك وأبى العباس بن سريج من الشافعية وهو رواية عند الحنبلية. (عمدة القارى ٣٦٤/٩ والمهذب ٢٩٠/١ والمغنى ١٥١/٤ وكشاف القناع ٢١٤/٣) وجه قولهم هو حمل اختلاف الروايات فى جنس المردود على وجوب غالب قوت البلد فقالوا: نُصّ على التمر؛ لأنه قوت الحجاز إذ ذاك ونُصّ على القمح فى رواية؛ لأنه قوت بلد آخر.

وأجيب عن هذا القول بأن الرسول ﷺ نفى أن يكون البدل غير التمر حيث قال فى رواية عند مسلم (١١٥٩/٣): « ... وصاعاً من تمر لا سمراء » يعنى يرد صاعاً من تمر لا قمحاً. قال ابن دقيق العيد: « وقد ثبت أن النبى ﷺ قال: « صاعاً من تمر لا سمراء ». وذلك رد على من عداه إلى سائر الأقوات. وإن كانت السمراء غالب قوت البلد - أعنى المدينة - » (إحكام الأحكام ١٣٣/٢. راجع أيضاً المغنى ١٥٢/٤) = - - -

- - - - - - - - - - - -

= وهذه الرواية أصح من حديث ابن عمر الذى نص على القمح. (راجع تخريج الحديث ص٢٩٨). قال فى المغنى (١٥٢/٤): « حديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق. إذ لا قائل بإيجاب « مثل لبنها أو مثلى لبنها قمحاً» ثم قد شك فيه الراوى وخالفته الأحاديث الصحاح. فلا يعول عليه »وأما التنصيص على « الطعام » يمكن إرجاعه إلى التمر بحيث أن المراد منه التمر؛ لأنه ورد فى لفظ عن أبى هريرة رضى الله عنه: « صاعاً من تمر لا سمراء. » وفى لفظ عنه: « صاعاً من طعام لا سمراء » (كلا اللفظين موجودان عند مسلم ١١٥٨/٣ - ١١٥٩) وهو مطلق فى أحد الروايتين مقيد فى الأخرى فى قضية واحدة. (المغنى ١٥٢/٤)

والثالث: إن هذا البدل هو قيمة اللبن المحلوب. وهو قول ابن أبى ليلى وقول أبى يوسف ولكن هذا القول غير مشهور عنه. (شرح معانى الآثار ٩/٤ وعمدة القارى ٣٦٤/٩ حاشية ابن عابدين ٤٤/٥ والمغنى ١٥١/٤)

واستدلوا لقولهم بأن هذا الرد لضمان متلف. وضمان المتلف مقدر بقيمته فكان هناك مقدراً بقيمته كسائر المتلفات.

أجاب عن هذا القول فى المغنى (١٥٢/٤) فقال: « قياس أبى يوسف مخالف للنص فلا يلتفت إليه ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع كما قدر بدل الآدمى ودية أطرافه. ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن، فلذلك أوجبه لوجوه ثلاثة:

أحدها: أن القيمة هى الأثمان لا التمر

الثانى: أنه أوجب فى المصراة من الإبل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها.

الثالث: أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة. ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً. وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين ايجاب الصاع؛ لأنه القيمة التى عين الشارع ايجابها. فلا يجوز أن يعدل عنها . »

والرابع: إن هذا البدل هو صاع من تمر من شعير أو نصف صاع من بر. وهو قول زفر من الحنفية (عمدة القارى ٣٦٤/٩ والمغنى ١٥١/٤)

هذا القول مبنى على القول فى الفطرة والكفارة. ويرد عليه بما أجيب عن القول الثانى.

ويمكن التخلص من هذا النقاش وحل هذه الإشكالات أيضاً بحمل حديث التصرية على المصالحة. أى أن الرسول ﷺ قضى بذلك على سبيل قطع النزاع والخصام الواقع بين بائع المصراة ومشتريها كما قال عليه الصلاة والسلام لكعب بن مالك حين تقاضى عبدالله بن أبى حَدْرَد الأسلمى ديناً كان له عليه فى المسجد، فارتفعت أصواتهما: « ضع من دينك هذا » وأو مأ إليه: أى الشطر. قال: لقد فعلت يارسول الله ! قال: « قم فاقضه ». متفق عليه (عمدة القارى شرح صحيح البخارى ٤٦/٤، ٢٠٦/١١ - ٢١٠ ومسلم - المساقاة ١١٩٢/٣). وكما قال للزبير حين تخاصم هو ورجل من الأنصار فى شراج من الحرة يسقى من النخل: « اسق يا زبير ثم ارسل إلى جارك » وإذا لم يرض به الأنصارى وقال: آن كان ابن عمتك ؟ قضى بقضاء آخر وقال: « اسق ثم أحبس، يرجع الماء إلى الجدر » فعلم منه أن القضاء الأول كان قضاء المصالحة وقضاء الثانى كان قضاء الحكم. (الحديث متفق عليه. وهو عند البخارى فى كتاب الشرب ٢٠٥/١٠ - ٢١١ والصلح ٢٠٨/١١ وعند مسلم - فى الفضائل ١٨٢٩/٤).

وكذلك حمل حديث المصراة على قضاء المصالحة وتطييب النفوس ومراعة الحقوق أنسب وأسلم . والله أعلم.

— ★ —

مسألة

[الخلاف فى حكم شراء عبدٍ حلال الدم إذا قتل عند المشترى]

إذا اشترى عبداً حلال الدم[١] فقتل عند المشترى كان بمنزلة الاستحقاق عند أبى حنيفة (حتى)[٢] يرجع على البائع بالثمن.

وقال صاحباه: لا؛ لأنه بمنزلة العيب يقوّم [٣] حلالاً وحراماً فيرجع بفضل ما بينهما لما لو وجد به عيباً آخر [٤]

أما بيان أنه [٥] عيب: فلا شك فيه؛ لأن العبد السارق الذى حلت يده أو القاتل الذى حل دمه لا يشترى بالذى هو سليم.

فإن هذا المعنى أشد من المرض. وإنه عيب، وإنما الشبهة فى بيان أنه استحقاق فوق العيب أم لا ؟

فنقول: إنه ليس باستحقاق؛ لأن تلف المالية لم يكن يوجب العقوبة بل كان بالاستيفاء بدليل: أن المال لا يستحق عقوبة.

ألا ترى أن البهائم لا يجب عليها عقوبة.

ولما ذكرنا فى الحدود والديات أن العقوبات تتعلق بكون الإنسان مخاطباً. وكونه مالاً سببٌ لسقوط الخطاب كما فى البهائم.

بدليل: أن المشترى إذا اشترى العبد وولى القصاص يأباه، صح البيع /

١ـ بسبب قتله رجلاً عمداً أو ردته

٢ـ غير موجود فى نسخة «ا»

٣ـ أى يقوم العبد حالة كونه حلال الدم وحالة كونه حرام الدم

٤ـ يرجع للمسألة إلى فتح القدير لابن الهمام ٣٥/٦ والعناية ٣٥/٦ ومجمع الأنهر ٥١/٢ وحاشيةابن عابدين ٤١/٥ .

٥ـ بيان كون العبد حلال الدم

وملكه. ولو كان حقه فيما اشتراه لما صح كحق الرهن ونحوه.

فثبت أن التلف كان بالاستيفاء لا غير. والاستيفاء حدث عند المشترى بإختيار الولى [١] ذلك حينئذ، فلا يستند إلى ماقبل ذلك. وإذا لم يستند الاستيفاء لم يستند التلف. وكان هذا بمنزلة مالو باعه زانياً فجلد عند المشترى فمات منه، لم يرجع الثمن لهذا المعنى.

وكذلك [٢] العبد السارق [٣] إذا قطعت يده فمات منه، لم يرجع بكل الثمن بلا خلاف ولا يلزم إذا استحق العبد مالك أو مرتهن أو صاحب دين على العبد. فإن البيع ينتقض؛ لأن هذه الحقوق تمنع نفاذ البيع إلا إذا سقطت. وإذا أبوا الإجارة ولم تسقط حقوقهم تنفذ لانعدام علة النفاذ. وههنا هذا الحق لا يمنع النفاذ. ولأن المالية فى الاستحقاق تبين أنها كانت فائتة عن البائع لا أنها فاتت فى ملك المشترى.

وكذلك فى الرهن والدين؛ لأن المشترى لا يملك مع هذه الحقوق ولأن هذه الحقوق كانت ثابتة فى المالية التى تعلق بها الشراء. وكانت قبل الشراء، فلم يكن الفوات بالاسترداد بل بالحقوق نفسها. وههنا أصل الحق كان فيما ليس بمالٍ على مابينا وعلى مالم يتناوله الشراء. وإنما الاستيفاء تناول المالية.

١ـ أى ولى الدم

٢ـ معطوف على العبد الزانى الذى جلد عند المشترى فمات منه

٣ـ أى سرق عند البايع ولم يعلم به المشترى لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فمات بسببه

ولا يلزم [١] (إذا اغتصب عبداً رد حلال الدم)[٢] فقتل عند المولى رجع بالقيمة؛ لأنا أجمعنا أنه لوردّه وقدرنا فجلد فمات منه رجع المولى بالقيمة. وفى مسألتنا لا يرجع.

وهذا لأن التسليم بحق الشراء ثم مع السرقة والقصاص؛ لأنه عيب قبل الاستيفاء بالإجماع. والعيب لا يمنع تمام القبض على مامر [٣]

والرجوع بالثمن إنما يكون بالانتقاض بعد التمام. وذلك بالفوات. والفوات كان بسبب بعد القبض فلا ينتقض به القبض. فأما فى باب الغصب فالرد لا يتم مع قيام سبب العقوبة؛ لأنه رد على سبيل الخروج عن عهدة الغصب. وذلك بإعادة يده [٤] كما كانت قبل الغصب، وكان سقوط ضمان الغصب بهذا الرد موقوفاً على سقوط حكم هذه الأسباب الطارئة عند الغاصب. فإذا لم يسقط عدم الرد المستحق عليه الذى يبرئه عن عهدة الضمان، فبقى تحته [٥] فهذا هو الفرق بين تسليم الغاصب وتسليم البائع.

ولأبى حنيفة: أن تلف المالية كان بسببٍ قبل البيع فيبطل به البيع كالاستحقاق. أو بطلان يد المشترى بالتلف كان بسببٍ قبل البيع فأشبه الاستحقاق.

والدليل عليه: أن القتل العمد يوجب القصاص، والقصاص يوجب التلف.

١ـ جواب عن قول: إذا اغتصب شخص عبداً فقتل العبد عند الغاصب رجلاً عمداً ثم رده على المولى فاقتص منه فى يده فإن المولى يرجع على الغاصب بتمام قيمته. كذلك هنا فإن المشترى يرجع على البائع بالثمن كله. (راجع العناية ٣٥/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٣٦/٦)

٢ـ مابين القوسين فى نسخة(ب) : « إذا اغتصب عبداً ثم رد عبداً ثم رد حلال الدم » وفيه خطأ .

٣ـ راجع ص: ٣٩٢ و ما بعدها

٤ـ أى يد المالك

٥ـ أى بقى تحت ضمان الغصب.

فيصير القصاص مع التلف حكمين للقتل العمد على مابينا فى شراء القريب، أنه اعتاق. وفى الرمى أنه قتل؛ لأنه [١] أوجب مضى السهم، والمضى أوجب القتل. وقد ذكرنا فى أصول الفقه: أن السبب الموجب، له حكم العلة.

والسبب الموجب: ما يوجب حكماً بواسطة وجبت به.

والقتل العمد ههنا أوجب تلف القاتل بواسطة الاستيفاء الواجب به [٣٦٢/ب]

/فإن قيل: الاستيفاء غير واجب، وإنما يحصل باختيار من الولى.

قلنا: ما كان من حقوق الله فالاستيفاء واجب على القاضى. لا يمكنه الترك بحالٍ شرعاً. فيصير كالمكره حسّاً على مابينا فى مسألة القصاص إذا رجعوا [٢].

ولهذا يجب ضمان ما أتلف القاضى على الشهود إذا رجعوا؛ لأن القاضى كان مجبراً على القصاص من جهتهم [٣] فانتقل الإتلاف إليهم.

وكذلك الولى [٤]؛ لأن القصاص من حقه. ولا يمكنه الإعراض عنه إلا بفوت حقه. وإذا لم يتمكن من صد القتل إلا بترك الحق لم يسم مختاراً بين الترك والفعل كمن أكره على فعل بتهدد إتلاف المال عليه.

وهذا بخلاف ما إذا كان [٥] زانياً فجلد عند المشترى فمات منه؛ لأن الواجب بالزنا حدٌّ غير جارح ولا متلِف، والزيادة كانت من خرق الجلاد أو ضعف المجلود. فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدّاً فلا تضاف إلى الزنا.

١ـ أى الرامى.

٢ـ راجع فصل الشبهة من جهة المقتول / مسألة: « وأما الشهود إذا رجعوا » (لوحة: .. ٥ من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ـ أى من جهة الشهود

٤ـ العطف على القاضى

٥ـ إى كان العبد المبيع

وكذلك إذا اشترى جارية حاملاً فولدت فماتت لم يبطل البيع [١] ؛ لأن الواجب بالحبل انفصال الولد، لا موت الأم. والموت إنما يحدث بزيادة معنى ليس بولاد كما قلنا فى موت المجلود، فلا يصير واجباً بالولادة.

ومنهم من روى عن أبى حنيفة الرجوع بالثمن فى الموت عن الولادة [٢]

فهما [٣] مالا إلى التلف كان بالاستيفاء، والاستيفاء باختيار من المستوفى معتبر؛ لأن الوجوب لا يتولد الاستيفاء لا محالة من حيث لا يبقى للمستوفى خيار معتبر شرعاً بل للولى العفو وللقاضى طلب المخلص بالسنة بخلاف شراء القريب؛ لأن ملك الأب يولد العتق لا محالة. والشراء علة الملك بلا اختيارٍ لأحد.

وبخلاف حفر البئر والسقوط فيه، لأن الحفر بعد السقوط يصير سبب إتلاف بأن صار الحافر بالحفر بمنزلة الدافع حكماً. وبعد الدفع لا اختيار لأحدٍ فى الإتلاف فأضيف إليه. وإنه امر ظاهر.

وأبو حنيفة أسقط هذا الاختيار للمعنى الذى قلناه [٤] ، وهذا أمر معنوى.

☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ يرجع لهذه المسألة أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام ٣٦/٦ والعناية ٣٥/٦ - ٣٦ والبحر الرائق ٦٥/٦

٢ـ راجع العناية ٣٦/٦ قال فيه: « وأما على قول أبى حنيفة فالمشترى يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشترى. »
وذكر فى فتح القدير (٣٦/٦) أن هذا قول القاضيين: أبى زيد - يعنى المؤلف وفخرالدين قاضيخان رحمهما الله تعالى استدلا بما ذكر فى الجامع الصغير للامام محمد فى الأمة المغصوبة إذا حبلت عند الغاصب ثم ردت فولدت فى يد المالك وماتت للمالك أن يضمن الغاصب جميع قيمتها.

٣ـ أى أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

٤ـ أن المالية فائتة قبل العقد فيبطل البيع بسبب عدم المالية (راجع ص : ٤٢٦

مسألة

[الخلاف فى ثبوت الخيار للمشترى بتصرف البائع فى المبيع قبل التسليم]

إذا اشترى أرضاً ونخلاً فاثمرت النخل فاستهلكها البائع ولا ينقص الأصل شيئاً قبل التسليم لم يخير [١] عند أبى حنيفة.

وعندهما : يخير [٢]

(وكذلك إذا اشترى أمة ثيباً فوطئها البائع قبل التسليم لم يخير عند أبى حنيفة. وعندهما : يخير) [٣] ؛ لأن المستوفى بالوطء فى حكم العين.

وأنه مما يستحق بأصل البيع ولا ينقص شيئاً من أصل البيع فأشبه الثمرة الحادثة بعد العقد.

وجه قولهما ظاهر وهو: أن الفائت بالاستهلاك من الثمرة بعض المعقود عليه بدليل: أن بعض الثمن سقط بإزائه فيعد عيباً لتفرق الصفقة [٤] كما لو كانت

١ـ أى لم يخير المشترى

٢ـ راجع ايضاً المبسوط ١٣/١٦٩، ١٨٧ - ١٨٨

٣ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة «ا» و «ب». واثباته من مقابلة نسخة ب. وسياق الكلام يقتضى ذلك.

وإن كانت الأمة بكراً فنقصها الوطء يثبت الخيار للمشترى بالاتفاق بفوات جزء من المالية. (راجع المبسوط ١٣/١٧٩ - ١٨٠)

٤ـ إن الأصل فى هذه المسألة أن الثمار الحادثة بعد العقد زيادة فى الأرض والنخل فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الأول، وبناء على هذا القول يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة، ثم يعتبر فى القسمة قيمة الثمار حين استهلكها البائع؛ لأنها عند ذلك صارت مقصودة. فالزيادة الحادثة إنما تصير لها حصة من الثمن إذا صارت مقصودة بالتناول؛ لأن المشترى إذا قبضها يعتبر فى الانقسام قيمتها وقت القبض، فكذا إذا استهلكها البائع.

وعلى هذا لو اشترى الرجل أرضاً ونخلاً بألفين درهم. والأرض تساوى ألفاً والنخل يساوى ألفاً. فأثمر النخيل بعد ذلك فى يد البائع مرة . تساوى الثمرة ألفاً فأكلها البائع، انقسم الثمن أثلاثاً: ثلثه بإزاء الأرض وثلثه بإزاء النخيل وثلثه بإزاء الثمار.

ويسقط عن المشترى حصة الثمار من الثمن ويأخذ الأرض والنخيل بثلثى الثمن.=

المثمرة موجودة عند العقد بخلاف مالو هلك الثمرة بآفة سماوية ولا ينقص؛ لأنها إذا حدثت بعد العقد وهلكت قبل القبض صارت كأن لم يكن.

ألا ترى أنها لا يقابلها شئ من الثمن؛ لأن الدخول تحت العقد إنما يكون بالعقد أو القبض. فإذا انعدم. عندهما جميعاً سقط اعتباره أصلاً.

فأما الاستهلاك فقبض وتقرير لحكم العقد بدلالة مقابلة الثمن إياه، فيكون فواته عيباً فوق فوات وصف لا يقابله شئ من الثمن.

ولأبى حنيفة: أن فوات الثمرة بنفسها لا يكون عيباً، فالإفاتة لا تكون تعييباً لا شك فيه كما مر فى مسألة التصرية [١] .

فأما قوله: « إنه عيب بسبب تفرق الصفقة، فضعيف لأن تفرق الصفقة إنما عُدّ عيباً لضررٍ يلحق المشترى فى فوت بعض مارغب فى الشراء لقيامه، ولا لسقوطِ بعض الثمن عنه [٢] ، فإنه يقع، وههنا كل مارغب فى شرائه لأجله قائم. إنما فات منه قدر مايفوت الآفة السماوية. وإنه زيادة على مارضى له بدونه. فلم يثبت الخيار بسببه كما لو فات بآفة ولا يثبت بسقوط الثمن؛ لأنه يقع، ولا فرق بين الهلاك بآفة والاستهلاك إلا بسقوط بعض الثمن فلا يعتبر عيباً ولا يخير [٣] لأجله، فصار هذا تفرق صفقة ينفع المشترى ولا يضره على مارضى به ابتداء، فلم يعتبر عيباً كالوكيل بالشراء بألفٍ إذا اشترى بخمسمائة أو بالبيع إذا باع بألف وخمسمائة لا يعد خلافاً

= وقال أبو يوسف فى قوله الآخر: إن الثمار الحادثة زيادة فى النخل خاصة. وبناء على قوله هذا يقسم الثمن أولا على قيمة الأرض والنخيل نصفين ثم حصة النخيل تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشترى ربع الثمن ويأخذ الأرض والنخيل بثلاثة أرباع الثمن.

وفى كلا القولين تفرقت الصفقة على المشترى(راجع للمزيد من المعرفة المبسوط ١٣/١٦٨)

١- راجع ص٤١٩ لمسألة التصرية

٢- راجع الهامش السابق لكيفية سقوط بعض الثمن عنه .

٣- أى لا يخير المشترى لأجل سقوط بعض الثمن .

وتصرفاً بغير رضاه. وإن تصور كذلك صورة؛ لأن بيان العذر لدفع الضرر لا لدفع النفع. وهو بهذا الخلاف نفعه، فلم يعتبر خلافاً خاصة فى الوطء. فإنه فى حكم استيفاء عينٍ ليس بمالٍ. فلا يقابله الثمن بوجهٍ [١] ، ولا يجوز أن يضمن القيمة كما لو قطع يدها أو استهلك جميعها [٢] ؛ ولأن ضمان القمية لا يجب بالإجماع.

✪✪✪✪✪✪✪✪

١ـ أن المستوفى بالوطء وإن كان فى حكم جزء من عين الجارية فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ماهو مال. (المبسوط ١٣/١٧٨، ١٧٩)

٢ـ قال فى المبسوط (١٣/١٧٩): « وأبو حنيفة رحمه الله يقول: الجارية قبل التسليم فى ضمان البائع. وقد جعل ذلك فى حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك.

ألا ترى أنه لا يلزمه بالجناية أرش ولا بالوطء عقر يستوفى منه، فكما وأن وطأه إياها لو حصل فى حال قيام ملكه فيها لم يكن موجباً للعقر أصلاً. فكذلك اذا حصل فى ضمان ملكه.

وهذا؛ لأن المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين... ولكنه جزء ليس بمال. فإذا لم يمكن نقصاناً فى ماليتها، والثمن بمقابلة المالية، لايمكن إسقاط شئ من الثمن باعتباره.

وبه فارق الجناية، فإنه يمكنه نقصاناً فى المالية. إنه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن.

يوضحه: أن الجارية فى حكم الوطء إنما تصير مملوكة للمشترى بالقبض. وقبل القبض هى كالمملوكة للبائع فى حكم ضمان الوطء »

فصل حكم الرد بالعيب

[الخلاف في حكم الرد بالعيب بعد القبض في حق ثالث]

قال علماؤنا : الرد بالعيب بعد القبض برضاً بمنزلة بيع جديد فى حق ثالث[١]

وقال الشافعي: هو فسخ؛ [٢] لأنه ردّ بخيار العيب كما لو كان نقصاً أو قبل القبض، ولأنه رد بالخيار فيكون فسخاً قياساً على الرد بخيار الشرط وخيار الرؤية على أصلكم.

إلا أنا نقول: هذا الرد بمنزلة الإقالة بدلالة أن حق المشترى ليس فى الرد، ولا له خيار فى الرد من الأصل [٣] لما مر من قبل [٤] أن حق المشترى في سلامة المبيع عن العيب فالجزء الفائت من السلامة حق المشتري قبل البائع. وذلك لأن البيع نفسه لا يجوز أن يوجب خيار الفسخ الذى هو ضده [٥] بل يوجب تسليم المبيع سليماً عن العيب.

ألا ترى أن العيب متى ارتفع / لم يبق للمشترى حق الرد. [٣٦٣/أ]

وبدلالة أن الرد متى امتنع بسببٍ لا يبطل حق المشترى أصلاً. بل رجع بحصة

١- كالشفيع
إذا كان المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع بقول المشترى: « رددت » ولا يحتاج إلى قضاء القاضى ولا إلى التراضى بالاتفاق.
وإذا كان فى يد المشترى لا ينفسخ إلا بقضاء القاضى أو بالتراضى عند الحنفية. (راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٢٨١/٥)
ويرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٨٢/٥ حاشية ابن عابدين ١٢٤/٥ - ١٢٥.
٢- مغنى المحتاج ٦٥/٢، وروضة الطالبين ٤٨٩/٣، ٤٩٩
٣- لأن الصفقة تامة بالقبض بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية (بدائع الصنائع ٢٨١/٥)
٤- راجع ص : ٣٩٩
٥- أى ضد البيع

العيب من الثمن، ولا ثمن للخيار إلا أن البائع إذا عجز عن التسليم جعل الشرع للمشتري خيار طلب الفسخ من البائع ليعود كلّ واحد منهما إلى رأس ماله ويندفع الضرر عنهما جميعاً.

فإن أجابه البائع صارت إقالة بتراضيهما. والإقالة فى حكم بيع جديدٍ فى حق ثالثٍ [١]

وإن لم يُجب ألزمه القاضى ذلك الفسخ ونقل حقه إلى الثمن فيصير فسخاً فى حق الناس أجمع؛ لأن ولاية القضاء ثابتة على الكل بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية، لأن حق من له الخيار فى الرد لا غير. فكان الرد استيفاء لحقه الثابت له. فلم يصر إقالة، والإقالة تصرف مبتدأ وليس باستيفاء حق. وكذلك خيار الرؤية.

وبخلاف الرد بالعيب قبل القبض؛ لأن الفسخ به لا يثبت بتراضيهما على الفسخ ليصير إقالة وتصرفاً مبتدأ بل حكماً لفوات القبض كما لو هلكت السلعة. وذلك لأن للمشترى أن لا يقبض المبيع -السلعة- معيباً. وإذا ثبت له هذا، تحقق

١- راجع أيضاً الهداية ١١٤/٦ والبحر الرائق ١٠٣/٦ حاشية ابن عابدين ١٢٧/٥ - ١٢٨
قال فى البحر الرائق (١٠٣/٦ - ١٠٤): « وتظهر فائدة كونها بيعاً فى حق غيرهما فى خمس أيضاً:
الأولى: لوكان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعاً جديداً فى حقه كأنه اشتراه منه.
والثانية: إذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كأن كان فى يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك؛ لأنه بيع فى حقه فكأنه اشتراه من المشترى.
والثالثة: إذا اشترى شيئاً وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلا وعادا إلى المشترى فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز. وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى.
والرابعة: إذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له، ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع فى هبته؛ لأن الموهوب له فى حق الواهب بمنزلة المشترى من المشترى منه.
والخامسة: إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليها الحول فوجد به عيباً فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت فى يده؛ فإنه تسقط عنه الزكاة لكونه بيعاً جديداً فى حق الثالث، وهو الفقير؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة.

الفوت، فانفسخ العقد لا بتصرفهما.

فإن قيل: الإقالة عندنا فسخ فى حق الناس أجمع.

قلنا: إن سعينا كان لبيان أن الرد بالعيب بعد القبض برضا بمنزلة الإقالة دون الفسخ بالخيار. فإن سلمتم [١]

وإلا نقلنا الكلام إلى تلك المسألة فنقول: إن الإقالة بيع جديد فى حق الثالث؛ لأن الإقالة تصرف مبتدأ منهما [٢] بالتراضى على سبيل مبادلة مالٍ بمال. وهذا هو صورة البيع ومعناه فلا يتغير باللفظ كما لو قال: « ملكتك هذا العبد بألف درهم »

فإن أحكام البيع لا تسقط عنه أصلاً.

وكذلك الهبة بعوض، إلا أنهما بقصدهما جعلاه فسخاً، لا تمليكاً جديداً، فينفذ فى حقهما دون غيرهما؛ لأن ولايتهما مقصورة عليهما. وكان بمنزلة حكم الحاكم. المحكم ينفذ فى حقهما لا غير؛ لأنه لا ولاية لهما على الناس فبقى هذا (الحكم) [٣] فى حق غيرهما على حكم الرغبة. فكذلك هذه الإقالة.

فاعتبر أصحابنا معنى التصرف [٤] واعتبر الشافعى صورة اللفظ. ولكل ذلك وجه حسن.

ولهذا قال زفر: إن الرجوع بالهبة برضا بمنزلة هبة جديدة لأنه تصرف بتراضيهما [٥].

١- أى إن سلمتم كون الرد بالعيب بعد القبض برضا بمنزلة الإقالة

٢- أى من العاقدين

٣- فى نسخة ا: « الحاكم »

٤- أى معنى التصرف الصادر من المتبايعين.

٥- راجع العناية (٥٠٦/٦) قال فيه: « وإذا رجع - أى الواهب - بالقضاء أو بالرضاء كان فسخاً من الأصل. وخالف زفر فى الرجوع بالتراضى وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة؛ لأن

إلا أنا نقول: إنه فسخ فى حق الناس أجمع؛ لأنه لاحق للواهب إلا فى الفسخ. فيصير بالفسخ مستوفياً حقه الثابت له شرعاً. وحكم الشرع نافذ على الكل. فأشبه الفسخ الذى يثبت بالقضاء أو بخيار الشرط [١]

فأما الإقالة فلم تكن ثابتة شرعاً حقاً لأحد. وإنما المتعاقدان قصدا إثباتهما فينفذ عليهما دون غيرهما.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

الملك عاد إليه بتراضيهما. فأشبه الرد بالعيب. فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضاء فهو كالبيع المبتدأ » (راجع أيضاً بدائع الصنائع ١٣٤/٦)

١ـ يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع ١٣٤/٦ ومجمع الأنهر ٣٦٤/٢ والعناية ٥٠٦/٦).

فصـــــل

الحكم

قد مر حكم الفاسد مما فيه خلاف [١] وبعض أحكام الصحيح تبعاً لغيرها.

وقد بقى فصلٌ مقصودٌ اختلفوا فيه.

[الخلاف فى وقت التسليم]

قال أصحابنا: للبائع أن يحبس السلعة حتى يستوفى ويقبض الثمن [٢]

وبه قال الشافعى فى قولٍ.

وقال فى قولٍ: يقبضان معاً.

وفى قول: يبدأ بالمبيع؛ لأن حق المشترى فى المبيع أقوى فيرجح على البائع [٣]

١- راجع ص :٨٦وما بعدها

٢- هذا إذا كان بيع السلعة معجلاً. وأما إذا باعها بثمن مؤجل فليس للبائع حق حبس السلعة. بل يجب تسليمها للحال؛ لأنه هو الذى أسقط حق نفسه فى التأجيل فلا يسقط حق الآخر (تحفة الفقهاء ٤١/٢، ولو كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فللبائع حبس المبيع إلى استيفاء الحال (البحر الرائق ٣٠٧/٥) ثم هذا إن كان بيع السلعة بالثمن وأما إذا كان بيعها بالسلعة فيجب على البائع والمشترى التسليم معاً. قال فى تحفة الفقهاء (٤٠/٢): « إذا باع عيناً بعين، فإنه يجب عليهما التسليم معاً تحقيقاً للمساواة فى المعاوضة المقتضية للمساواة عادة »

ولذا ذكر المؤلف رحمه الله الثمن مقابل السلعة.

يرجع للمسألة إلى كل من: الهداية ٤٩٦/٥، والمبسوط ١٩٢/١٣، وبدائع الصنائع ٢٤٩/٥، والبحر الرائق ٣٠٧/٥، ودر المنتقى ٢٢/٢ .

٣- يرجع لأقوال الشافعية إلى مغنى المحتاج ٧٤/٢ - ٧٥ والمهذب ٣٠٢/١ وروضة الطالبين ٥٢٢/٣ - ٥٢٣

والظاهر عندهم هو القول الثالث أى أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولاً ثم يجبر المشترى ومنهمم من ذكر هذا قولاً واحداً.

قال فى المهذب (٣٠٢/١): « وإذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ثم اختلفا:

فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن.

وقال المشترى: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع.

فقد اختلف أصحابنا فيه. فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يجبر البائع على إحضار المبيع والمشترى على إحضار الثمن، ثم يسلم إلى كل واحدٍ منهما ماله دفعة واحدة؛ لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا كمالو كان لأحدهما على الآخر دراهم وللآخر عليه دنانير.

=

وفي قولٍ معاً ؛ لأنهما متعاوضان على السواء. دل عليه إذا تبايعا عرضاً بعرض[1].

= والثاني: لا يجبر واحد منهما. بل يقال: من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه، لأن على كل واحد منهما حقاً في مقابلة حق له.

فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل.

والثالث: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم المشترى ، وهو الصحيح؛ لأن حق المشترى متعلق بعين وحق البائع في الذمة فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون.

ولأن أصحابنا يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى في المبيع.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قولٍ واحدٍ. وهو: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه. وما سواه من الاقوال ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره »

ولم يذكر في المهذب القول بإجبار المشترى على تسليم الثمن أولاً الذى يتفق به مع الحنفية. وجاء ذلك في روضة الطالبين (٥٢٢/٣) ولم يذكر أيضاً المؤلف رحمه الله قولهم بعدم الإجبار. وهو مذكور في كتبهم. (راجع المراجع المذكورة)

١ـ والظاهر أن ذلك جاء لبيان وجه القول الثاني عند الشافعية وإلا يكون تكراراً

ولنا: أنهما متبايعان على السواء فيستوفيان فى أحكام العقد ما أمكن. ومن حكم العقد تعيين مايملك، وقد تعين حق المشترى فى المبيع. ولم يتعين حق البائع فى الثمن. فيؤمر المشترى بالتعيين ليساويه البائع. والثمن لا يتعين إلا بالقبض[1] فوجب تقديم قبضه ضرورة التساوى فى التعيين حتى لما استويا تعييناً فى (القبض) [2] تقابضا معاً.

فإن قيل: والقبض من أحكام العقد. فلِمَ رجحت التعين عليه ؟

قلنا: لأن القبض حكم العقد والتعين شرط العقد كما فى جانب المبيع. إلا أنه يسقط فى الثمن؛ لأنه لا يتعين بالعقد حتى يقبض. ولما سبق التعيين القبض في الأصل وجب اعتبار المساواة فى التعين قبل المساواة فى القبض.

☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ هذا عند الحنفية وأما عند الشافعية فإن الثمن يتعين بالتعيين. (روضة الطالبين ٥٢٢/٣).

٢ـ فى نسخة (أ): « القرض »

مسـألـة

[الخلاف في حكم الإقرار بالثمن والدعوى بعدم قبض المبيع]

إذا قال: « لفلان عليَّ ألف درهم من ثمن جاريةٍ [١] (باعنيها)[٢] إلا أني لم أقبضها.

قال أبو حنيفة: لزمه المال[٣] إذا ادعاه المقَرّ له[٤] ، فإن صدقه فمن جهة المبيع[٥].

وقال أبو يوسف: إن وصل الاستثناء صدق، وإن فصله لم يصدق.

ثم رجع وقال: إن صدقه المقر له في الجهة[٦] صدق في الاستثناء وصل أم

١ـ غير معينة. فإن ذكر جارية بعينها فإن صدقه المقرّ له في البيع يقال له: إن شئت تأخذ الألف فسلم الجارية وإلا فلا شئ لك؛ لأن المقرَّ به ثمن المبيع. وقد ثبت البيع بتصادقهما. والبيع يقتضي تسليماً بإزاء تسليم.
وإن كذبه في البيع وقال: « مابعت منك شيئاً. والعبد عبدي. ولي عليك ألف درهم بسبب آخر » فالعبد للمقرّ له؛ لأنه يدعي عليه البيع وهو ينكر. ولا شئ له على المقرّ من الثمن؛ لأن المقر به ثمن المبيع لا غيره. ولم يثبت البيع. (بدائع الصنائع ٢١٦/٧، ومجمع الأنهر ٢٩٩/٢، والهداية ٣٣٧/٧ - ٣٣٨)

٢ـ في نسخة ب : « باعينها »

٣ـ الذي أقَرّ به. وهو ههنا ألف درهم

٤ـ المُقَر له: هو الذي يعترف له بحق. والمُعترِف هو المقِرّ.
وأما الإقرار في اللغة: فهو الإذعان للحق ولاعتراف به.
(راجع الصحاح ٧٩٠/٢، ولسان العرب ٨٨/٥، والمصباح المنير ٤٩٧/٢)
وفي الاصطلاح: هو الإخبار بحق عليه أو هو عبارة عن إخبار يوجب على المخبر ما أخبر به.
(اللباب في شرح الكتاب ٧٦/٢ وعقود الجواهر المنيفة ٧٥/٢)

٥ـ أي يثبت الدعوى من جهة المبيع
إن في هذه المسألة ثلاث جهات:
الجهة الأولى: جهة الإقرار بألف درهم
الجهة الثانية: جهة دعوى البيع
الجهة الثالثة: جهة دعوى عدم قبض المبيع.
المقرّ إذا لم يعين المبيع لزمه المقرّ به سواء صدقه المقرّ له في البيع أو كذبه عند أبي حنيفة. كذلك عند زفر وحسن بن زياد (راجع إلى بدائع الصنائع ٢١٦/٧ ومجمع الأنهر ٢٩٩/٢)

٦ـ أي جهة المبيع

فصل.

وإن كذبه فى الجهة صدق إن وصل، ولا يصدق إن فصل. وهو قول محمد[١] ؛ لأنَّ قوله: «لفلان عليَّ ألف درهم» إقرار بألف يطالب بها للحال لو سكت عليه.

فلما قال:« من ثمن جارية باعنيها إلا أنى لم أقبضها »، فقد قرنه ببيان فيه إبطال القبض، وإنما قلنا : « قرنه ببيان »؛ لأن الألف الواجب قد يكون مطالباً بها وغير مطالب بها، ومتى ثبت بهذه الجهة لم يكن مطالباً بها، فكان بياناً لأحد النوعين، وفيه إبطال مطالبة كانت واجبة بالصدر، فكان بمنزلة الاستثناء الذى وُضِع لبيان أنه أراد التكلم بما بقى بعده لا بكله. وفيه إبطال قدر الثنيا.

وكذلك إذا قال لفلان: « علىّ ألف درهم وديعة »[٢] فقوله: « وديعة » بيان أنها ليست بغصب، وفيه إبطال ضمانها الثابت بالصدر فيصدق إذا وصل؛ لأن الكلام لا يقر حكمه / مالم يفرغ عنه. [٣٦٣/ب]

فاحتمل التغير بالقرينة (كما يحتمل التأخير بالشرط وإذا سكت قرّ حكمه. فصارت القرينة)[٣] رفعاً بعد الثبوت، فلا يملك من لا يملك الرفع والفسخ بنفسه.

وعلى هذا يكون نصوص الشرع إلا أن يصدقه المقر له فى الجهة. فإنه متى صدقه ثبت بتصادقهما؛ لأنهما يملكان الرفع جميعاً فيما كان التغيير بعد السكوت.

١ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢١٦/٧ الهداية ٣٣٩/٧ مجمع الأنهر ٢٩٩/٢ واللباب فى شرح الكتاب ٨١/٢ ـ ٨٢

٢ـ الوديعة: فى اللغة: ما استُودِعَ والاستِودَاع: هو دفع الشئ لأحد للاحتفاظ. يقال: اسْتَودعْته مالاً: دفعته له وديعة يحفظه. (لسان العرب ٣٨٦/٨، ٣٨٧، المصباح المنير ٦٥٣/٢)
وفى الشرع: هى أمانة تركت عند الغير للحفظ قصداً، واحترز بالقيد الأخير من الأمانة.
والفرق بين الأمانة والوديعة العموم والخصوص. فالوديعة خاصة والأمانة عامة.
(راجع التعريفات للجرجانى ص ٢٥١، وعقود الجواهر المنيفة ٧٨/٢ وأنيس الفقهاء ص ٢٤٨)

٣ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة «ا»

وإذا ثبت ثمناً، ومن حكم البيع إن الثمن لا يجب مطالبته / إلا بعد تعيين المبيع، والمبيع ليس بعين، سقطت المطالبة بحكم العين الثابت بالاتفاق مالم يقر المشترى بالقبض والعين لديه.

فإن قيل لهما[١] : قوله: « من ثمن جارية لم أقبضها »، رجوع؛ لأن الجارية ليست بقائمة، وثمن جارية مبيعة ليست بقائمة يكون (ساقطاً)[٢] إلا أن تكون[٣] مقبوضة، فيضمن. هذا إقرار بالقبض ثم الرجوع لا يكون بياناً فلا يصح مآلاً. والجارية المبيعة قد تكون غائبة عن مكان العقد حين العقد فيكون الثمن واجباً غير مطالب به مالم يعين، أو تكون[٤] أبقيت بعد البيع فيبقى العقد والثمن وتسقط المطالبة مالم تَعُد كما بالأجل[٥].

والدليل عليه: ماذكر فى المأذون[٦] ؛ أن العبد المأذون إذاألحقه دين كثير وفى يده عبد فباعه المولى وسلم وقبض الثمن وهلك الثمن عنده، ثم أجاز العبد البيع والعبد قائم، أو لا يدرى أين هو ؟ برئ المولى عن الضمان؛ لأن المبيع قائم مالم يعلم بهلاكه، ولو علم بموت العبد ثم أجازه لم يبرأ المولى عن الضمان.

وهذا بخلاف ما إذا قال لفلان: « علىّ ألف درهم من ثمن هذه الجارية[٧]. فإن المال لا يلزمه إذا أنكر القبض وصل أم فصل؛ لأن قوله: « من ثمن هذه الجارية »، بيان فيه إبطال لسائر الأسباب، ولا يصح إذا لم يصل. وإذا وصل صح لما قلنا،

١ـ أى لأبى يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله
٢ـ فى نسخة «ا» و «ب» ساقطة
٣ـ أى أن تكون الجارية
٤ـ أى الجارية المبيعة
٥ـ أى كما تسقط المطالبة بالأجل قبل حينه
٦ـ سبق تعريفه فى ص: ٤٠٧
٧ـ أى عيّن الجارية بالاشارة إليها

وإذا صح صار قوله: « لم أقبضها » بياناً وإنكاراً محضاً لا إبطال فيه، فإن المال مالٌ مطالبٌ به. وبعد البيان هو مطالبٌ به كذلك.

وإنما أنكر استيفاء حكم العقد فكان القول قوله[١] ، وإذا لم يعين ولكن قال: « من ثمن جاريةٍ باعنيها إلا أني لم أقبضها » فقد أنكر القبض وادعى بطلان المطالبة أيضاً. وذلك البطلان ليس من حكم العقد فصار يغير الحكم الكلام (الأول)[٢] عن (سُنَنِه)[٣] ، فلا يملك إلا بوصل.

واحتج أبو حنيفة: بأنه أقر بالقبض ثم رجع، فلا يصح[٤] كما لو قال: « قبضت إلا أني لم أقبض » وهذا؛ لأن الرجوع فسخ وليس ببيان بوجهٍ. وإلى المتكلم البيان ما بقي حده. فأما الفسخ فلا. إذا كان (شيئاً)[٥] يلزمه

وإنما قلنا: « أقر بالقبض؛ لأنه أقر بألفٍ بجهة بيع. وموجب البيع في نفسه إيجاب ألف مطالب به للحال. فإنه[٦] يوجب الملك والتسليم للحال إلا بعارضٍ. فيلزمه كذلك بمطلقه والألف على ما عليه حكم البيع، فلا يجب مطالباً، والجارية غير مشارٌ إليها إلا بعد القبض[٧] (فكان)[٨] بمنزلة مالو أقر بألف درهم من ثمن البيع إلا أنها[٩] مؤجلة فإنه لا يصدّق[١٠] وإن كانت الألف قد تجب مؤجلة؛ لأنها لا

١ـ أي قول المشتري أو المقرّ
٢ـ غير موجود في نسخة «ب»
٣ـ في نسخة «ا»: « سببه »
٤ـ أي الرجوع
٥ـ في نسخة ب: « شئ »
٦ـ أي عقد البيع
٧ـ قال في بدائع الصنائع في صدد بيان وجه قول أبي حنيفة - رحمه الله -: « إن قوله: « لفلان على ألف درهم » إقرار بولاية المطالبة للمقر له بالألف. ولا تثبت ولاية المطالبة إلا بقبض المبيع فكان الإقرار به اقراراً بقبض المبيع، فقوله: « لم أقبضه يكون رجوعاً عما أقربه، فلا يصح » (٢١٦/٧).
٨ـ في نسخة ا: «وكان»
٩ـ أي الجارية
١٠ـ أي لا يصدق في دعواه بجارية مؤجلة على من أقر له بألف درهم.

يتأجل بمطلقه بل بشرطٍ. فيصير[١] كالمدعى لذلك الشرط. فلا يصدق

فكذلك هذا التأخر قط لا يجب بنفس العقد بل بعارض إباق أو غيبةٍ لدى العقد فيصير بمنزلة المدعى للعارض، فلا يصدق.

وكذلك البائع إذا قال: « لفلان عليّ تسليم هذه الجارية التى بعتها منه إلا أنها عوراء[٢] » لم يصدق، وإن تصوّر البيع بهذا الشرط؛ لأن مطلق البيع يوجب السلامة، والبراءة عنها لا يقع إلا بالشرط.

فصار (سرّ)[٣] المسألة أنهما[٤] قالا: البيع يوجب مطالبة مقرونة بمطالبة حتى إن فى الإجازة لما تأخرّ الملك فى المنافع، بها تأخر عن الآخر بحكم المقابلة والمساواة، فعلم أن الوجوب معاً هو حكم المعاوضة. فإن كان المبيع حاضراً عيناً فيجب مطالبة الثمن للحال بحكم المساواة. وإذا كان المبيع غائباً لم يجب مطالبة الثمن بحكم المساواة

وكل ذلك حكم العقد الأصلى. فكان بيان أحدهما بياناً فى الجملة. فأما أن يجب أحدهما ويتأخر الآخر (فلا)[٥] فذلك يعتبر لحكم العقد بمغيرٍ. فلا يثبت إلا باتفاق.

وأبو حنيفة يقول: التأخر بأىّ سببٍ كان بخلاف موضوعه وبالعارض؛ لأن المعاوضة توجب أحكامها للحال فى البدلين. وكل واحد منهما (لايكون)[٦] إلا

١ـ أى يصير المقرّ

٢ـ عوراء: هى التى ذهب حِسّ أحد عينيها. يقال:عَوِرَت العين عَوَراً . فالرجل: أعوَر (لسان العرب ٦١٢/٤، والمصباح المنير ٤٣٧/٢، والصحاح ٧٦٠/٢)

٣ـ فى نسخة ا: « شراء »

٤ـ أى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله

٥ـ غير موجود فى نسخة «ا»

٦ـ غير موجود فى نسخة «ا»

بمانع، فلم يصر ما يوجب التأخير دعوى بيانِ حكم العقد بل دعوى اعتراض ما يغيره، فلا يثبت إلا باتفاق.

بخلاف الإقرار بألف وديعةً، لأنه أتى ببيان لا التزم بنفسه. فصار البيان صحيحاً مالم يتقرر عليه حكم اللزوم. وههنا أتى ببيان ماالتزم بعقدٍ، والعقد مايتم به، بل به وبصاحبه. فلا يتم به بيان ما يغير حكم العقد عن سننه إلى غيره. فهذا هو الفرق بينهما[1]

وبخلاف قوله: من ثمن هذه الجارية، وعينها، لأن بيان سبب الوجوب عليه وهو الذى تفرد بالإقرار بالسبب. وبعدما تبين السبب بيعاً لم يتصرف فى العقد بما يغير حكمه. بل أنكر استيفاء قبضٍ يوجبه العقد له. فكان القول قوله.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ أى بين الاقرار بألف ثمن جارية لم يقبضها والاقرار بألف وديعة

مســـألـــة

[تابعة لما سبق]

وعلى هذا قال أبو حنيفة: إذا قال لفلان: « عليّ ألف درهم ثمن بيع إلا أنها زيوف[١] »، لم يُصدّق عند أبي حنيفة.

وعندهما [٢]« يصدق إذا وصل[٣] ؛ لأنهما يقولان: الزيوف نقد بلد أخرى.

فإنها متى صارت بحيث لا تروج في موضع يكون/ مبطلاً، فكان قوله: « زيوف » [٣٦٤/ ا]
بياناً لذلك النقد. ولكن فيه معنى الإبطال، لأن مطلق الدراهم بمنزلة تسمية لنقد البلد. وبذكر الزيوف يبطل هذا فصارت هذه المسألة كالمسألة الأولى[٤]

قالا: ألا ترى أنه لو اشترى بنقد بلده أخرى وهي زيوف عندهم تعلق العقد بذلك النقد، ولم يكن للبائع خيار.

قالا: وهذا بمنزلة من قال لفلان: « عليّ كر[٥] حنطة إلا أنها رديئة »، فإن القول قوله[٦] فكذلك الزيوف؛ لأنها عبارة عن دراهم رديئة[٧]

ولأبي حنيفة: أنه أقر بالجودة ثم رجع، فلا يصدق[٨] وإنما قلنا ذلك؛ لأن

١ـ الزيوف: جمع الزّيف: وهو المغشوش .
قال في لسان العرب (١٤٢/٩): « الزّيف: من وصف الدراهم. يقال: زَافَت عليه دراهمه: أي صارت مَرْدُودَةً لغِشٍّ فيها. وقد زُيِفَت إذا رُدّت »
٢ـ يعني أبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله:
٣ـ أي وصل الاستثناء
يرجع للمسألة إلى الهداية ٣٤٤/٧، وبدائع الصنائع ٢١٥/٧ ومجمع الأنهر ٢٩٩/٢ ـ ٣٠٠، واللباب في شرح الكتاب ٨٢/٢
٤ـ أي كمسألة: إذا قال: « لفلان على ألف درهم من ثمن جارية باعنيها إلا أني لم أقبضها » (راجع ص : ٤٤٩
٥ـ سبق تعريف « الكر » في ص : ١٨٤
٦ـ أي القول قول المقر في إقراره ودعواه.
٧ـ راجع أيضاً العناية ٣٤٤/٧.
٨ـ أي فلا يصدق في رجوعه

الزيافة فى الدراهم عيب؛ لأن الزيافة لا تثبت إلا بغِشٍّ وإن قل. والغشّ عيب فى الفضة. والبيع يقتضى بدلاً سليماً عن عيب. فإذا قال: « إلا أنها زيوف » فكأنه قال: « إلا أنها معيبة، وقد بَرِئتُ عن العيب بالشرط »، فلا يصدق؛ لأنه يدعى تغير موجب العقد بالشرط كما فى المسألة الأولى[١]

وكما قال: « بعتك هذا العبد إلا أنه أعور. وقد شرطت لك ذلك » وأنكر المشترى. كان القول قوله بخلاف الرداءة فى الحنطة. فإنها لبيان النوع من الحنطة كالهندي والحبشي والتركي فى العبيد، لا لبيان العيب. وذلك؛ لأن الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطاً كما يخلق العبد دميماً[٢] وحسناً ووسطاً. والعيب : ما يخلو عنه أصل الفطرة التى هى أساس فى الأصل.

ألا ترى أن السلم فى الحنطة لا يجوز إلا ببيان النوع. وذلك فى الردءاة والجودة، و لا يحتاج إلى ذكر السلامة عن العيب. فإن السلامة عنه يثبت بنفس العقد.

فإن قيل: وكذلك الزيوف نوعٌ من الدراهم على ماقلنا. فإن نقود البلاد مختلفة أنواع . وبعضها أردى من بعض. فيكون ذلك الأدرى زيفاً فى بلد آخر، حتى أن النقود إذا اختلفت فى بلدة واحدة لم يجز الشراء بمطلق الدراهم حتى يعين نوعاً منها كما فى الحنطة، لا فرق بينهما.

ألا ترى أنك إذا جعلت الحد فى العيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة التى هى أساس، وأصل فطرة الدراهم عند ضرب الناس. وإنا نجد أصل الضرب مختلفاً؛

١ـ كما يدعى عدم قبض الجارية هناك مع أن موجب العقد يقتضى ذلك (راجع ص :٤٤٩، ٤٥٢

٢ـ الدَميم: القبيح والأنثى: دَميمة
يقال: دَمِمتَ يا فلان تَدِمّ وتَدُمّ دَمَامَةً: أى صرت دميماً وأدمَمتَ: أى أقبَحتَ الفعلَ.
(الصحاح ١٩٢١/٥ ولسان العرب ٢٠٨/١٢)

بعضه أجود من بعض، فيصير المضروب أنواعاً على هذا.

قلنا: وهو شبهة المسألة، إن الدراهم فضة فى الأصل وبالضرب يتغير الاسم إلى الدراهم لا بالغش، فكان أساس هذه الصورة الضرب المغير للصورة لا للذات، والزيافة لا تحدث بالضرب، بل بالغش وإنه عيب يخلو عنه أصل الضرب المغير للصورة. إلا أن أهل البلدة إذا اصطلحوا بينهم على العفو عن الغش سقط حكم ذلك العيب بالاصطلاح. لأنه ليس بعيب فى الأصل.

وكيف وقد حل به ماليس منه فى الأصل. فثبت أن الزيافة عيب، وليس بتنويع.

فأبو حنيفة اعتبر فى الباب حقيقة الوضع[1]

وهما[2] اعتبرا الضرب العرفى بين الناس، فإنه جار بينهم بالغش ودونه، وبضروب غش متفاوتة. فيصر على اعتبار العرف الدراهم انواعاً. وعلى أصل الوضع الدراهم نوع واحد، وهو الصافى عن الغش. والغش عيب بخلاف الرديئة. فإنها لا تصير رديئة بنقصان صورة أو معنى. بل بكينونة غيرها أجود منها. فكانا نوعين حتى إذا كانت الرداءة بآفةٍ أفسدت الصورة أو المعنى عُدّ عيباً لا نوعاً، ولأن النقد إذا راج ببلد لم يسم زيفاً، وإنما الزيف اسم لما فيه عيب يرد بسببه إلى النقد الرائج. فصار دعوى الزيف ودعوى العيب واحداً.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١- وهو ضرب الدراهم من الفضة الصافى فى الأصل. ودخول الغش فيها عيب يخلو عنه أصل الضرب

٢- أى أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله:

فهرس الموضـــوعـات

فهـرس الجـزء الأول

مقدمة التحقيق ٤

الفصل الأول: التعريف بالمؤلف ١٢

المبحث الأول: عصر المؤلف سياسيا واحتماعيا وعلميا ١٢

الحالة السياسية ١٢

الحالة الاقتصادية ٢٥

الحالة العلمية ٢٦

الحالة العلمية من ناحية علم الفقه ٢٨

المبحث الثاني: اسمه ونسبه وأسرته ومولده ووفاته ٣٠

اسمه ونسبه ٣٠

أسرته ٣١

نسبته ٣٢

مولده ٣٤

وفاته ٣٤

المبحث الثالث: نشأته وشيوخه وتلاميذته ٣٦

نشأته وشيوخه ٣٦

تلاميذته ٤٢

المبحث الرابع: مكانته العلمية ومؤلفاته ٤٣

مكانته العلمية ٤٣

موقف أبي زيد الدبوسي من التقليد ٤٧

مؤلفاته ٥٠

الفصل الثاني: التعريف بالكتاب ٥٥

المبحث الأول: اسم الكتاب ونسبته إلى المؤلف ٥٦

المبحث الثـاني: منهج المؤلف في الكتاب ٥٩

المبحث الثـالث: مصادر المؤلف في الكتاب والمصادر التي نقلت عن الكتاب ٦١

المبحث الرابـع: ملاحظات على الكتاب ٦٧

المبحث الخامس: تعريف نسخ المخطوطة ووصفها ٦٩
المبحث السادس: منهج التحقيق ٧٣
نماذج من نسخ الكتاب ٧٦

قسم التحقيق
كتـــــاب البيـــوع

أنواع البيوع ٨٤
مسألة: الخلاف في حكم البيع الفاسد ٨٦
فصل ما يفسد لمعنى في المحل مع قيام المالية ١٠٠
مسألة: الخلاف في علة الربا ١٠٠
مسألة: الخلاف في بيع الجنس بالجنس نسأ ١٢٩
مسألة: الخلاف في حكم ضمان قيمة الجودة ١٣٧
مسألة: الخلاف في اشتراط القبض في المجلس في شراء الطعام بالطعام ١٣٩
مسألة: حكم بيع السيف المحلى بفضة هي أكثر من الحلية ١٤٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع الرطب بالرطب كيلا ١٤٧
مسألة: الخلاف في حكم بيع الرطب بالتمر بكيل ١٥١
مسألة: الخلاف في حكم بيع فلس بفلس بأعيانها ١٥٩
مسألة: الخلاف في حكم بيع السويق بالدقيق ١٦٢
مسألة: الخلاف في حكم بيع حيوان بلحم جنسه ١٦٨
مسألة: الخلاف في حكم بيع جنسين أو أكثر بجنسين أو أكثر متفاضلا ١٧٤
مسألة: الخلاف في حكم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ١٨٠
مسألة: الخلاف في شراء نخل بقدر من التمر ثم أثمر النخل قبل القبض ذلك القدر من التمر ١٨٤
مسألة: الخلاف في حكم زيادة أحد المتبايعين أو حطه ١٩٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع لحوم النعم بالآخر مجازفة ٢٠٩
مسألة: الخلاف في حكم شراء شيء حاضر مستور مشار إليه ٢١٤
سألة: الخلاف في حكم بيع من الدار بذراع ٢٢٨

مسألة: الخلاف في حكم شراء قطيع معين من شاه بسعر معين ٢٣٠
مسألة: الخلاف في حكم البيع بخيار التعيين ٢٣٤
مسألة: الخلاف في حكم البيع بالمثل خرصا وحكم بيع العرايا ٢٣٧
فصل الاختلاف لمانع في المبيع ٢٤٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء الكافر عبدا مسلما ٢٤٢
مسألة: الخلاف في حكم بيع المدبر ٢٥٢
مسألة: الخلاف في حكم تفريق الأقارب في البيع ٢٥٣
فصل مما اختلف فيه لمالية المحل وعدمها ٢٥٦
مسألة: الخلاف في حكم بيع لبن المرأة ٢٥٦
مسألة: الخلاف في حكم الدهن الذي تموت فيه فأرة ٢٦٢
مسألة: الخلاف في حكم بيع الكلاب المعلمة ٢٦٧
مسألة: الخلاف في حكم خمر الذمي ٢٧٦
فصل اختلف فيه لنقصان الملك ٢٨٠
الخلاف في حكم بيع العقار قبل القبض ٢٨٠
فصل اختلاف الناس في الجواز والفساد لمعنى في العاقد ٢٨٥
الخلاف في حكم بيع الصبي والعبد المحجور ٢٨٦
مسألة: الخلاف في حكم عتق المشتري العبد المشترى من غاصبه ٢٨٧
فصل الفساد في العقد بشرط العتق ٢٩٦
مسألة: تابعة لما سبق ٢٩٩
مسألة: الخلاف في حكم البيع إلى أجل فيه نوع جهالة ثم أبطل ذلك الأجل قبل حينه ٣٠٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء مال بشرط الرهن أو الكفالة ٣٠٤
مسألة: الخلاف في مدة خيار الشرط ٣٠٨
مسألة: الخلاف في حكم شرط الخيار أبدا ٣١٠
مسألة: الخلاف في حكم الشراء بشرط نقد الثمن إلى ثلاثة أيام ٣١١
مسألة: الخلاف في حكم البيع بشرط الخيار لثالث ٣١٣

مسألة: الخلاف في حكم الشراء بشرط البراءة من كل عيب ٣١٥
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة قبل الإدراك بعدما صارت منتفعا بها ٣١٩
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة على الشجرة بعدما تناهت ٣٢١
مسألة: الخلاف في حكم شراء الثمرة بعدما تناهت بشرط البقاء على الشجرة ٣٢٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء شيء بشرط أن يوفيه إياه في منزله من المصر الذي عقدا فيه ٣٢٨
مسألة: الخلاف في حكم الجمع في البيع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز بيعه ٣٢٨
فصل خيار الشرط الجائز ٣٣٥
مسألة: الخلاف في حكم وراثة خيار الشرط ٣٣٥
مسألة: الخلاف في حكم وقت انتقال ملك المبيع المشروط فيه الخيار ٣٤٢
مسألة تابعة لما قبلها ٣٤٤
مسألة: الخلاف في حكم فسخ من شرط له الخيار العقد في غياب الآخر ٣٤٦
مسألة: الخلاف في حكم تفرد أحد المشتريين بالخيار بالرد ٣٥٧
مسألة: الخلاف في غاية الخيار ٣٦١
مسألة: الخلاف في حكم سقوط الخيار بنظر الأَمَة بشهوة ٣٦٧
مسألة: الخلاف في حكم هلاك المبيع في يد المشتري بفعل البائع في مدة الخيار ٣٧٠
فصل في خيار هو غير ثابت عندنا ٣٧١
الخلاف في خيار المجلس ٣٧١
مسألة الخلاف في ثبوت الخيار بإفلاس المشتري ٣٧٧
فصل خيار الرؤية ٣٨٩
مسألة: الخلاف في حكم رؤية الوكيل ٣٨٩
فصل خيار العيب ٣٩٢
مسائل الإسقاط أصلا ٣٩٣
مسألة: الخلاف في حكم الخصومة للمشتري بعد الإطلاع على عيب في المبيع وقد باع نصفه ٣٩٥
مسائل الإسقاط إلى بدل ٣٩٧

مسألة: الخلاف في حكم رد الجارية الثيبة الموطوءة من قبل المشتري ٤٠١
مسألة: الخلاف في حكم الرجوع بالقيمة إذا رد الجارية المشترية بالعبد ٤٠٩
مسألة: الخلاف في حكم الرد بالعيب بعد الكسر أو القطع ٤١٧
فصل في معرفة ما هو عيب ٤١٩
الخلاف في حكم الرد التصرية ٤١٩
❋ بحث في مسألة التصرية ٤٢٨
مسألة: الخلاف في حكم شراء عبد حلال الدم إذا قتل عند المشتري ٤٣٤
مسألة: الخلاف في ثبوت الخيار للمشتري بتصرف البائع في المبيع قبل التسليم ٤٣٩
فصل حكم الرد بالعيب ٤٤٢
الخلاف في حكم الرد بالعيب في حق ثالث ٤٤٢
فصل الحكـــــــم ٤٤٦
الخلاف في وقت التسليم ٤٤٦
مسألة: الخلاف في حكم الإقرار بالثمن والدعوى بعدم قبض المبيع ٤٤٩
مسألة تابعة لما يبق ٤٥٥

✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪ ✪